RELATÓRIO

O Sr. Desembargador Federal **FAGUNDES DE DEUS** (Relator):

Paulo da Cunha Freire e cônjuge ajuizaram ação de manutenção de posse em desfavor de Deodato Pereira da Silva, Anselmo Santos Matos e respectivos cônjuges perante a Justiça Estadual, relativamente às terras rurais denominadas "Fazenda Conceição do Altamira", com área total de 16.287,5 ha, sendo que 10.150,1 ha se encontram registrados com título definitivo, e 6.137,4 ha são de posse mansa e pacífica. Posteriormente, o Juiz de Direito declinou da competência para a Justiça Federal, tendo em vista a intervenção da União e da FUNAI no feito, as quais, ao contestarem a demanda, pleitearam a proteção possessória, em virtude do caráter dúplice da dita ação.

Foi decretada a revelia de Anselmo Santos Matos e cônjuge (fls. 206).

Na fase probatória, produziram-se perícias topográfica e antropológica. Após, abriram-se vistas às partes, tendo os Autores, primeiramente, alegado cerceamento de defesa, pois a perita não teria realizado a perícia em conjunto com os assistentes por ele indicados, o que seria violação ao princípio da ampla defesa. Rechaçaram o laudo nos seguintes termos: "... laudo este faccioso, tendencioso, despido de qualquer fundamento técnico-científico e, por isso mesmo, não resiste a mais elementar e perfunctória análise crítica. São tantas as heresias, as falarias, as inverdades, as impropriedades que se torna absolutamente impossível enumerá-las no exíguo espaço de tempo deferido aos AA" (fls. 340).

O juiz *a quo* desacolheu o aludido questionamento, por considerar que não há nenhuma norma que obrigue o perito judicial a atuar em conjunto com os assistentes técnicos das partes. Os Autores agravaram de tal decisão. Ao agravo foi negado seguimento, por manifesta improcedência, por decisão monocrática publicada no DJ de 20 de novembro de 2001, da lavra do Desembargador Federal Olindo Menezes, então relator do processo.

Na sentença (fls. 465/469), o pedido dos Autores foi julgado improcedente e procedente o pleito da União e da Funai, determinando-se a reintegração da União na posse do imóvel, denominado "Fazenda Conceição do Altamira" (área de 8.369,0078 ha).

Contra a referida sentença, houve apelação dos Autores.

Em suas razões, os Apelantes alegam, preliminarmente, cerceamento de defesa, uma vez que a perícia foi realizada sem a presença do assistente técnico por eles indicado. Ademais, sustentam que a sentença foi publicada após dois pedidos de vista realizados pelos ora Apelantes, sendo que, mesmo antes de publicada, deu-se ciência apenas à União e à FUNAI. No mérito, asseveram que possuem justo título de propriedade (fls. 15/17), o qual teria sido desconsiderado pela sentença em face de ter sido a terra reputada indígena.

Foram apresentadas pela União as contra-razões (fls. 511/520).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Desembargador Federal **FAGUNDES DE DEUS** (Relator):

Inicialmente, cumpre examinar as preliminares suscitadas pelos Apelantes. A primeira delas diz respeito ao cerceamento de defesa, quando da realização da perícia. Essa questão, porém, foi decidida por este Tribunal quando do julgamento do Agravo de Instrumento 2001.01.00.001586-5/RR e já transitou em julgado (fls. 433, v.). Nesse sentido é o entendimento desta Corte:

> ***PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - HOMOLOGAÇÃO DE TRANSAÇÃO, COM RESSALVA DOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO DECORRENTES DA CONDENAÇÃO HAVIDA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO - QUESTÃO DECIDIDA, ANTERIORMENTE, EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE SER AVIVADA NA APELAÇÃO - CÁCULO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - OBSERVÂNCIA DA COISA JULGADA.***
>
> *I - Estando sob o manto da coisa julgada já que decidida, anteriormente, em sede de agravo de instrumento - a questão relativa aos honorários de advogados ressalvados pela decisão homologatória das transações não pode ser avivada na apelação.*
>
> *(...)*
>
> *IV - Apelação conhecida, em parte, e improvida. Remessa oficial, tida como interposta, improvida.*
>
> *(AC 2000.30.00.001451-1/AC, Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, Convocado: JUIZ VELASCO NASCIMENTO, Segunda Turma, publicado no DJ de 18/11/2002, p. 128.)*
>
> ***PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. MATÉRIA DECIDIDA NO ÂMBITO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CPC, ART. 532, II, E 516.***
>
> *1. Não há omissão, em decisão proferida em apelação, pelo fato de o Colegiado deixar de se pronunciar sobre questão preliminar, já preclusa por força de agravo de instrumento.*
>
> *2. Embargos rejeitados.*
>
> *(EDAMS 90.01.16677-6/AM, Relator: Desembargador Federal OSMAR TOGNOLO, Terceira Turma, publicado no DJ de 03/04/1998, p. 295.)*

A segunda preliminar consiste na desigualdade na concessão de vista às partes após a prolação da sentença. Nesse ponto, também não merece acolhida a irresignabilidade dos Apelantes, tendo presente que o primeiro pedido de vista ocorreu quando os autos se encontravam conclusos, e, assim, impossibilitados de serem franqueados à parte. Esse fato é comprovado pela petição de fls. 470, v.,

datada de 20/05/2004. Já a segunda petição, com pedido de vista, foi juntada em 28/05/2004 (fls. 472, v.), tendo sido prontamente atendida em 01/06/2004 (fls. 476), com a subseqüente abertura de vista aos Recorrentes. Desse modo, inocorre irregularidade processual que configure nulidade, nem mesmo qualquer prejuízo para os Apelantes, os quais interpuseram o apelo. Rejeito, portanto, as preliminares argüidas e passo ao exame do mérito.

Uma análise detida da causa leva à conclusão de que a sentença monocrática deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto a perícia antropológica elucidou, de forma inequívoca, que a área disputada se trata de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, as quais se acham na posse de fazendeiros da região. Senão, vejamos:

> *(...) Mas houve um outro engano, mais grave, dessa feita cometido pelos próprios autores desse processo. A Terra Indígena Jabuti não foi demarcada com uma extensão de 8.000 hectares como alegado pelos autores nas folhas desse processo e erroneamente publicado na imprensa local (folha nº 266 do processo). Conforme publicação no Diário Oficial nº 34 Sexta-feira, de 16 de Fevereiro de 1996, Seção 1, página 2675, a Terra Indígena denominada Jabuti foi demarcada com a superfície de 14.210,6996ha (quatorze mil duzentos e dez hectares, sessenta e nove ares e noventa e seis centiares) e perímetro de 63.018,61 m (sessenta e três mil, dezoito metros e sessenta e um centrímetro).*
>
> *Assim sendo, o "outro lado da cerca" faz parte da Terra Indígena Jabuti como se pode constatar pelos mapas que já fazem parte desse processo (folhas 116 à 119) (...). Para eles a cerca delimita, hoje em dia, a área onde eles colocam o rebanho bovino e outras criações como porcos e galinhas mantendo-os afastados das áreas de roça. (fls. 287)*
>
> *(...) Em outras palavras, os grupos indígenas e os fazendeiros mantêm uma relação de contato interétnico caracterizado pela oscilação entre a violência e a benevolência por parte dos últimos. Sendo que, os grupos étnicos Wapishana e Macushi levam uma desvantagem sócio-cultural e econômica visto que o seu modo de viver tradicional passa a ser restringido e ameaçado. (fls. 293.)*

Outro aspecto relevante a ser apreciado é o relativo à alegação dos Autores de que são titulares do direito de propriedade. Ora, o justo título alegado por eles é de todo ineficaz no contexto da causa e, por conseguinte, em nada muda a situação fático-jurídica de se cuidar a espécie de terras de domínio da União, configurando-se, assim, o instituto do indigenato. Dessa sorte, apenas se tem caracterizada a boa-fé, para fins de indenização das benfeitorias eventualmente

realizadas (CF, art. 231, § 6º), a ser pleiteada em ação própria. Nessa linha é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

> ***DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. PORTARIA 1.289/2005, QUE DECLAROU DE POSSE PERMANENTE DO GRUPO INDÍGENA GUARANI ÑANDEVA A TERRA INDÍGENA YVY-KATU. TERRITÓRIO DEMARCADO QUE ENGLOBA FAZENDAS DE PROPRIEDADE DOS IMPETRANTES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL. ANÁLISE SUFICIENTE DAS CONTESTAÇÕES APRESENTADAS PELOS IMPETRANTES. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU COM O ATO IMPETRADO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER PROTEGIDO PELA VIA ELEITA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.***
>
> *1. Esta Primeira Seção, quando do julgamento do MS 10.269/DF, Relator para acórdão o Ministro Teori Albino Zavascki (DJ de 17.10.2005), reconheceu a ausência de nulidades no processo administrativo que culminou com a edição do ato ora impetrado, ou seja, a Portaria 1.289/2005, que declarou de posse permanente do grupo indígena Guarani Ñandeva a Terra Indígena Yvy-Katu.*
>
> *2. No caso dos autos, não houve cerceamento de defesa, tampouco ocorreu violação dos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois o processo administrativo foi regularmente instaurado e processado, nos termos da legislação especial (Decreto 1.775/96), oportunizando-se o acesso aos autos e o oferecimento de defesa pelos impetrantes, cujas contestações foram exaustivamente analisadas pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, pela Procuradoria Federal Especializada e pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça.*
>
> *3. A demarcação das terras pertencentes tradicionalmente aos índios não representa violação de direitos fundamentais dos atuais proprietários particulares dos imóveis. Pelo contrário, significa o devido cumprimento de disposições constitucionais e legais em favor dos antigos ocupantes das terras (CF/88, art. 231 e seguintes; Lei 6.001/73 e Decreto 1.775/96).*
>
> *4. Conforme parecer apresentado pela FUNAI, "o fato da cadeia dominial do imóvel não apresentar vícios significa apenas que seus atuais titulares não agiram de má-fé. Isto, porém, não elimina o fato de que os índios foram crescentemente usurpados das terras de ocupação tradicional, sendo forçados a recorrer ao emprego nas fazendas para não deixar romper o vínculo social, histórico e afetivo com os lugares que tinham como referência de sua vida e de sua unidade como grupo diferenciado".*
>
> *5. Segurança denegada.*
>
> *(MS 10994/DF; Relatora: Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, publicado no DJ de 27/03/2006, p. 136.)*

PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. INTERDITO PROIBITÓRIO. TERRA INDÍGENA. POSSE DE BOA FÉ. JUSTO TÍTULO MAS INEFICAZ.

I- A Constituição Federal de 1988, em seu art. 231, é clara e precisa, quando estabelece que são reconhecidos aos índios "os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam".

II- Não importa como o não-índio adquiriu as terras indígenas, se de boa ou má-fé. A boa-fé só interessa para o fim de discutir indenização.

*III- A posse de boa-fé não significa posse justa. O título pode ser até justo - justo título - mas não ter eficácia, por exemplo, porque o transmitente não tem o direito de propriedade, não é dono (*a domino*). E, assim, na verdade, o domínio não se transmite.*

(Processo: AC 1997.01.00.023916-8/MT, Relator: Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, publicado no DJ de 30/09/1999, p. 76.)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TERRAS INDÍGENAS. RESERVA INDÍGENA PIMENTEL BARBOSA. ALIENAÇÃO PELO ESTADO DE MATO GROSSO. NULIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1891, ART. 64. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934, ART. 129. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ART. 231, §§ .1º E 4º.

1. A área sub-judice encontra-se encravada na Reserva Indígena Pimentel Barbosa, de ocupação imemorial dos índios Xavantes, conforme comprovado em laudo das perícias topográfica e histórico-antropológica. 2. O instituto jurídico do indigenato tem como característica essencial o fato de ser um título congênito, ou seja, ele nasce com o próprio índio, que vive em comunidade na sua terra tradicional, diferente da ocupação que é um título adquirido.

3. A Constituição Federal de 1988 manteve o instituto do indigenato no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo à medida que no art. 231 reconheceu o direito dos índios de terem a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. E, ainda, no § 1º deste mesmo artigo definiu o que são "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" e no § 4º estabeleceu que estas terras são inalienáveis e indisponíveis, 4. Embora o Estado-membro, no presente caso o Estado de Mato Grosso, tenha recebido terras indígenas entre as devolutas que lhe foram atribuídas pelo art. 64 da Constituição Federal de 1891, não poderia aliená-las à vista do disposto no art. 129 da Constituição Federal de 1934 ("Será respeitada a posse de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las"), cujo preceito foi repetido por todas as outras Constituições que a sucederam, fazendo-se, portanto, presente no constitucionalismo brasileiro desde esta ocasião, há mais de setenta anos.

5. Apelação não provida.

(AC 1997.01.00.064151-0/MT, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL I'TALO FIORAVANTI SABO MENDES, Convocado: JUIZ FEDERAL ALEXANDRE VIDIGAL DE OLIVEIRA, Quarta Turma, publicado no DJ de 15/09/2005, p. 95.)

Cumpre ressaltar, por fim, o que diz a doutrina acerca do tema:

1.1. Direitos adquiridos sobre terras indígenas?

Um problema importante e que não pode deixar de ser abordado neste trabalho é aquele que diz respeito a pretensos direitos adquiridos por terceiros sobre as terras indígenas. Como está estabelecido pelo § 6º do artigo 231 da Lei Fundamental, não é devida qualquer indenização em razão de atos ou negócios jurídicos praticados por terceiros e que envolvam terras indígenas. A única exceção é para as benfeitorias feitas por terceiros de boa-fé. A Constituição de 1988 não criou áreas indígenas. Ao contrário, limitou-se a reconhecer as já existentes. Tal reconhecimento, contudo, não se cingiu às terras indígenas já demarcadas. As áreas demarcadas, evidentemente, não necessitavam do reconhecimento constitucional pois, a nível de legislação infraconstitucional, já se encontravam afetadas aos povos indígenas. O que foi feito pela Constituição foi o reconhecimento de situações fáticas, isto é, a Lei Fundamental, independentemente de qualquer norma de menor hierarquia, fixou critérios capazes de possibilitar o reconhecimento jurídico das terras indígenas. Não se criou direito novo.

É importante estar atento ao fato de que as terras indígenas foram reconhecidas como pertencentes aos diversos grupos étnicos, em razão da incidência de direito originário, isto é, direito precedente e superior a qualquer outro que, eventualmente, se possa ver constituído sobre o território dos índios. A demarcação das terras tem única e exclusivamente a função de criar uma delimitação espacial da titularidade indígena e de opô-la a terceiros. A demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira.

(...) No Direito Brasileiro, também, existe tradição de reconhecimento do direito dos indígenas às terras por eles habitadas. Logo no início do século XVII é possível constatar-se que a legislação colonial reconhecia a existência de terras indígenas, isto é, de terras de posse e domínio exclusivamente indígenas. Manuela Carneiro da Cunha nos informa que a Carta Régia de 30 de julho de 1609 bem como a de 10 de setembro de 1611, expedidas por Filipe III, reconheciam o pleno domínio dos índios sobre seus territórios e sobre as terras que lhes são alocadas nos aldeamentos. Ainda no século XVII, surgiram Alvarás e atos governamentais que dispunham sobre o direito dos índios às suas terras. Neste sentido, é interessante observar a própria redação do Alvará Régio de 1º de abril de 1680, pelo qual foi estabelecido que os povos indígenas "foram os primeiros ocupantes e donos naturais destas terras". Em razão deste reconhecimento, o Estado passa a estabelecer áreas exclusivas para os índios buscando compensar as enormes perdas sofridas pelos índios e manter sobre um determinado grau de controle a expansão e colonização. A principal destas compensações é a indicação e o reconhecimento de áreas que serão dedicadas à posse exclusiva dos indígenas (...).

A doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo, cabalmente, a nulidade de qualquer título que pretenda traduzir direito de propriedade privada "incidente" sobre terras indígenas. Pontes de Miranda afirma que:

"São nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse. O registro anterior de propriedade é título de

> *propriedade sem uso e sem fruição. A posse do silvícola pode ser alegada como pressuposto para usucapião."*

José Celso de Mello Filho, sobre o tema, afirma que:

> *As terras habilitadas pelos silvícolas, integrando o patrimônio da União, não podem figurar no registro imobiliário, em nome de particulares. Se isto efetivamente ocorrer, torna-se juridicamente irrelevante e absolutamente ineficaz a existência de título de domínio registrado em nome de terceiros. Como já decidiu o TRF, em tal hipótese, '... prevalece o comando do art. 198, § 1º, da Constituição Federal, que declara nulos e sem nenhum efeito jurídico atos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas' (Revista do TFR, 104: 237).*
> *(ANTUNES, Paulo de Bessa. Ação Civil Pública Meio Ambiente Terras Indígenas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998, p. 171 a 174.)*

Atento nas preciosas lições acima, impõe-se concluir pela ineficácia do título colacionado neste processo, em face da tutela que o constitucionalismo brasileiro vem conferindo às terras indígenas e à respectiva posse dos silvícolas. Em arremate à discussão de possíveis direitos adquiridos às aludidas terras, cito novamente trecho da obra transcrita anteriormente:

> *Analisando o problema concernente à incidência de direitos de propriedade sobre terras indígenas e a compreensão que o STF tem sobre o assunto, Gilmar Ferreira observa que:*
>
> *"(...) há que se admitir que as disposições contidas no art. 198 e 4º, IV, da Constituição Federal de 1967/69, apenas explicitam princípios integrantes do nosso Direito Constitucional positivo desde, pelo menos, 1934. Observa-se, a propósito do disposto no art. 198, da Constituição, assim se pronunciou o Ministro Néri da Silveira, verbis: "Não cabe, dessarte, compreender o § 1º e o art. 198 da Constituição vigente, no que concerne a negócios jurídicos a eles anteriores, senão como mera forma de índole explicitante, pois, em realidade, antes do seu advento, já seria nulo e sem qualquer efeito, ao menos quanto à ocupação, posse e utilização, o negócio jurídico de concessão ou venda de terras, onde silvícolas estivessem permanentemente localizados. Desde a Constituição de 1934, a posse dos silvícolas estava protegida, quanto às terras onde localizados, em caráter permanente." Nessa linha, escreveu Pontes de Miranda, acerca do art. 216, da Carta Política de 1946, desde que há a posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o quis a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte dos silvícolas ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula."*
> *Portanto, é fácil constatar que o Direito Brasileiro não reconhece, desde longa data, qualquer direito adquirido sobre terras indígenas e, neste sentido, é juridicamente impossível qualquer reivindicação privada sobre áreas indígenas.*
> *(ANTUNES, Paulo de Bessa. Ação Civil Pública Meio Ambiente Terras Indígenas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998, p. 175.)*

No que concerne à pretensão do Autor de cancelar a matrícula 1188, do Cartório do Registro de Imóveis de Boa Vista, tem-se que é ela de todo descabida, uma vez que, no âmbito do processo possessório, é vedado dissentir-se acerca do domínio (CPC, art. 923).

Nessa perspectiva, e com apoio nos laudos topográfico e antropológico, os quais atestam que as terras em questão são de habitação imemorial pelos grupos indígenas Wapishana e Macushi, e já demarcadas, impõe-se manter a sentença recorrida.

Ante o exposto, nego provimento à apelação dos Autores.

É o meu voto.