

---

# A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL NO INTERESSE DOS POVOS INDÍGENAS: ESTUDO PARA O CASO GAVIÃO DA MONTANHA

*JUDICIAL EXPROPRIATION IN THE INTEREST OF INDIGENOUS  
PEOPLES: A STUDY FOR THE GAVIÃO DA MONTANHA CASE*

---

*Lise Tupiassú*

*Doutora em Direito pela Université Toulouse 1 Capitole. Mestre em Direito Tributário  
pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne*

*Mestre em Direito Público pela Université Toulouse 1 Capitole. Mestre em Instituições  
Jurídico-políticas pela Universidade Federal do Pará. Professora da Universidade  
Federal do Pará (UFPA) e do Centro Universitário do Estado do Pará (Cesupa)  
Procuradora Federal.*

*Patrícia da Cruz Sales*

*Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB. Procuradora  
Federal responsável pelo Núcleo de matéria finalística indígena, ambiental e agrária  
da Procuradora Federal no Estado do Pará.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. A controvérsia judicial envolvendo a área do povo Gavião da Montanha; 2. Problemas da desapropriação por interesse social para realocação de indígenas; 3. A nova desapropriação judicial do art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil; 4. A concepção ampliativa da desapropriação judicial sob a perspectiva indígena de posse; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Os problemas causados pela remoção de indígenas de seus territórios em razão da construção de empreendimentos hidrelétricos no final do século passado vêm se eternizando, frequentemente, em entraves jurídico-processuais relativos aos procedimentos de desapropriação, os quais ignoram as especificidades da questão indígena. Este trabalho, em estudo exploratório a partir de discussão ventilada no caso do povo Gavião da Montanha, busca analisar a utilização do instituto previsto no art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil, para, numa perspectiva de abertura hermenêutica pluralista, abarcar a posse dentro da concepção culturalista indígena, conferindo-se maior celeridade procedimental na efetivação dos direitos territoriais assegurados a esses povos pela ordem constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desapropriação Judicial. Posse. Povos Indígenas. Direitos Territoriais. Pluralismo. Gavião da Montanha.

**ABSTRACT:** The problems caused by the removal of indigenous peoples from their territories due to the construction of hydroelectric projects at the end of the last century have been perpetuated in legal problems, which, in many cases, come from legal and procedural obstacles to expropriation procedures that ignore specificities of the indigenous people. This work, as an exploratory study based on a discussion for the Gavião da Montanha case, seeks to analyze the use of the institute foreseen in art. 1.228, §§ 4 and 5 of the Civil Code, in a perspective of pluralistic hermeneutic openness, encompass possession within the indigenous culturalist conception, conferring greater speed and effectiveness to the territorial rights assured to these peoples by the constitutional order.

**KEYWORDS:** Judicial Expropriation. Ownership Rights. Indian People. Territorial Rights. Pluralism. Gavião da Montanha.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 231 e parágrafos, regula os direitos indígenas originários sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas.

Ainda que inadmissível dentro da ordem jurídica atual, pautada no art. 231, § 5º da Constituição Federal, o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) previa a possibilidade de remoção dos grupos indígenas para áreas diversas a fim de viabilizar, entre outras hipóteses, a realização de obras públicas voltadas ao desenvolvimento nacional. Nesses casos, imprescindível seria a plena compensação dos prejuízos causados às comunidades.

Diante disso, tendo em vista a orientação imperante nas políticas públicas desenvolvimentistas nacionais, obras de grande porte foram implementadas em detrimento dos interesses indígenas, principalmente para a construção de usinas hidrelétricas – UHEs, não restando às comunidades outra opção além da busca de compensações, ainda que os prejuízos oriundos da remoção de comunidades indígenas de suas áreas tradicionalmente ocupadas sejam incomensuráveis e dificilmente compensáveis dentro dos parâmetros adotados pela perspectiva econômica atualmente dominante.

O Estatuto do Índio traz várias modalidades de caracterização de territórios indígenas, prevendo, além das terras tradicionalmente ocupadas, as reservas indígenas e as terras sob o domínio das comunidades indígenas.

As comunidades desalojadas pela construção de usinas hidrelétricas, vêm sendo, portanto, compensadas com terras indígenas constituídas através de procedimentos específicos distintos da demarcação prevista no art. 231 da Constituição Federal, buscando-se assegurar, porém, os direitos indígenas previstos na ordem constitucional e internacional atual.

A remoção dos indígenas para além de seus territórios tradicionais e as compensações devidas em decorrência do desalojamento das comunidades para a construção de usinas hidrelétricas encontram-se, porém, na origem dos mais acirrados conflitos e discussões judiciais envolvendo comunidades indígenas, concessionárias públicas e poderes públicos na atualidade. Celeumas se constroem em torno de quem seria o responsável pelas compensações devidas às comunidades indígenas e sob que modalidades tais compensações devem ser implementadas e operacionalizadas.

A desapropriação pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI às expensas das concessionárias dos empreendimentos hidrelétricos é uma opção por vezes utilizada para a reconfiguração da propriedade indígena. Tal modalidade, porém, vem acarretando graves problemas práticos.

Diante disso, tendo por pano de fundo a controvérsia envolvendo os indígenas da Comunidade Gavião da Montanha, este texto analisará a

possibilidade de utilização da desapropriação judicial por interesse social prevista no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil com vistas à realocação de indígenas em áreas compatíveis com suas necessidades, a partir de uma reconfiguração aberta do conceito de posse adotado pelo instituto.

Nesta perspectiva, analisar-se-á, primeiramente, a controvérsia judicial envolvendo a Comunidade Gavião da Montanha, os problemas causados quando a solução envolve a desapropriação por parte da FUNAI e a opção em se utilizar a desapropriação judicial por interesse social prevista no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil a partir da abertura hermenêutica da concepção de posse.

## **1 A CONTROVÉRSIA JUDICIAL ENVOLVENDO A ÁREA DO POVO GAVIÃO DA MONTANHA**

A denominação Gavião foi atribuída por viajantes do século XIX a diferentes grupos Timbira que tinham como característica marcante o uso de penas de gavião na fabricação de flechas a serem usadas contra os colonizadores. Eram conhecidos também por seu caráter beligerante (LICHTENTHALER, 2007).

De acordo com Ferraz (1984), o etnógrafo Curt Nimuendajú qualificou os Gavião entre os “ocidentais” também chamados “Gaviões do Oeste”, os quais viviam na bacia do Tocantins, e os chamados Pukôbjê e Krinkatí, que habitavam o Estado do Maranhão.

A partir do sec. XX, os chamados “Gavião do Oeste” se dividiram em três grupos, passando a ser denominadas conforme a posição que ocuparam na bacia do rio Tocantins. Assim, foram denominados Parkatejê, o povo à jusante; Kikatejê, o povo de montante; e Akratikatêjê, o povo da montanha, que habitava as cabeceiras do Rio Capim (FERRAZ, 1984), e cuja área, com cerca de 3,6 mil hectares, foi reconhecida como de ocupação tradicional indígena pelo governo do Estado do Pará, por meio do Decreto-Lei nº 252/45 (RIBEIRO JÚNIOR, 2017).

Os Akratikatêjê, também conhecidos como povo “Gavião da Montanha”, figuram entre os primeiros atingidos pela construção de grandes empreendimentos na Amazônia, dentro do planejamento estratégico do governo militar na década de 70, que visava o desenvolvimento regional baseado na exploração das riquezas minerais e na realização de grandes obras de infraestrutura. (LICHTENTHALER, 2007).

Dentre os empreendimentos da época, a Usina Hidrelétrica – UHE de Tucuruí foi, sem dúvida, o que trouxe maiores prejuízos ao povo Gavião da Montanha. A vasta área pertencente aos indígenas, reconhecida como de ocupação tradicional desde 1945, foi desapropriada para a construção

da UHE por meio do Decreto nº 78.659/76, sem considerar quaisquer dos direitos que o povo detinha sobre o seu território (RIBEIRO JÚNIOR, 2017).

Assim, mesmo sem qualquer compensação pelo território perdido, os Akratikatêjê foram obrigados a deixar suas terras, tendo sido, por determinação da FUNAI, removidos para a Terra Indígena Mãe Maria, já habitada pelo povo Gavião Parkatejê, a qual, posteriormente, também veio a ser ocupada pelo povo Gavião Kikatejê (LICHTENTHALER, 2007. p. 53)<sup>1</sup>.

Aquela época, sem qualquer legislação que exigisse a realização de Estudos e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) como pré-requisito para o início das obras, as comunidades indígenas atingidas pelo empreendimento não obtiveram qualquer compensação ambiental pelo alagamento de seus territórios. Em relação ao povo Gavião da Montanha houve a celebração de um acordo com a Eletronorte (empresa responsável pela execução da obra) em janeiro de 1984, que resultou no pagamento de uma indenização irrisória pela suposta cessão da terra.

Com a edição da Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento da capacidade índios de ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses<sup>2</sup>, o povo Gavião da Montanha ingressou com ação judicial buscando obter reparação pela perda territorial provocada pela construção da UHE de Tucuruí<sup>3</sup>, a qual resultou na condenação da Eletronorte em adquirir e entregar aos Akratikatêjê área de extensão e de condições ecológicas semelhantes às daquela de onde foram os índios forçados a se afastar.

Seguindo imposição do Poder Judiciário, a comunidade indígena indicou à Eletronorte pelo menos duas áreas de interesse, as quais foram consideradas ambiental e antropológicamente adequadas para a fixação dos Gavião da Montanha. Não obstante, a aquisição das áreas acabou esbarrando em diversos entraves, seja pela dificuldade de negociação entre

---

1 Deve-se ressaltar que essa remoção forçada de diferentes grupos de Gavião para a Terra Indígena Mãe Maria tem gerado uma série de conflitos interétnicos. Como exemplo, cite-se o trecho do laudo antropológico produzido pela FUNAI: “No período em que passei entre os Akratikatêjê diversos membros do grupo narraram situações em que se manifestam formas de exclusão e discriminação que sofrem por parte dos Parkatejê. Entre os exemplos arrolados eles alegam que na hora de se distribuir cargos são preteridos; quando se distribuem bolsas de estudo para a formação superior são excluídos da lista; são proibidos de fazer roça ou criação de animais para produção própria, além de sofrerem comentários jocosos e ofensivos que os deixam humilhados.” (LICHTENTHALER, 2007. p. 53).

2 Constituição Federal - Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

3 Informações sobre os fatos e sobre a controvérsia jurídica constantes neste tópico foram obtidas mediante consulta a peças do processo judicial n. 89.00.01377-7 em trâmite na Seção Judiciária Federal do Pará.

os proprietários e a Eletronorte, seja por problemas na documentação dos imóveis escolhidos.

Após anos de discussão, o Poder Judiciário determinou a realização de perícia para avaliação do valor do imóvel pretendido pelos Akratikatêjê. Porém, fixado o valor da indenização pelo perito, o proprietário da terra a ser adquirida informou não ter interesse em vender a área pelo valor fixado na avaliação, tendo a Eletronorte, por sua vez, se posicionado no sentido de impossibilidade de pagamento de valor superior, por constituir-se como concessionária de serviço público e, por isso, vinculada aos princípios da Administração Pública.

Em razão do impasse nas negociações e a inexistência, *a priori*, de mecanismos jurídicos que obriguem o proprietário a vender suas terras de forma compulsória pelo preço da avaliação judicial e, considerando, ainda, a crescente insatisfação dos Akratikatêjê face o não cumprimento da condenação imposta à Eletronorte pelo Poder Judiciário, cogitou-se a possibilidade de resolver a questão na seara administrativa, por meio da desapropriação da área por interesse social através da FUNAI, às expensas da Eletronorte.

## **2 PROBLEMAS DA DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA REALOCAÇÃO DE INDÍGENAS**

A desapropriação operada pela FUNAI para fins de realocação e compensação de indígenas afetados pela construção de usinas hidrelétricas vem se mostrando problemática. Exemplo patente neste sentido é o caso da Comunidade indígena Tuxá, de Rodelas, na Bahia<sup>4</sup>.

A Comunidade indígena Tuxá foi alvo de remoção compulsória por ocasião da construção da Usina Hidrelétrica Luiz Gonzaga, que inundou parcelas de vários municípios nos Estados da Bahia e Pernambuco, desalojando mais de 200 famílias indígenas.

A Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF comprometeu-se a realocar as famílias e, após anos de insucesso em tal desiderato, foi firmado, em 2004, um Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta - TAC estabelecendo a responsabilidade de Companhia em implantar projeto agrícola contemplando com parcelas de terra cada uma das famílias até então desalojadas. Tal compromisso, porém, foi ulteriormente substituído por uma indenização em dinheiro paga diretamente aos indígenas, somada à transferência de um valor à FUNAI para aquisição de áreas para a instalação da comunidade.

<sup>4</sup> Informações sobre os fatos e sobre a controvérsia jurídica constantes neste tópico foram obtidas mediante consulta a peças do processo judicial n. 1999.33.00.010342-0 em trâmite na Seção Judiciária Federal da Bahia.

Nota-se, pois, que a FUNAI culminou por ser responsabilizada a executar procedimento compensatório decorrente de empreendimento sob responsabilidade da CHESF, discussão essa ainda pendente de manifestação definitiva por parte do Poder Judiciário.

A FUNAI vem, então, buscando a aquisição dos imóveis no intuito de assentar as famílias Tuxá. Porém, em uma das hipóteses em que não foi possível operacionalizar a compra do imóvel particular por via amigável – especialmente visando a realocação dos Tuxá de Rodelas –, recorreu-se ao procedimento da desapropriação.

A desapropriação é o “procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização.” (CARVALHO FILHO, 2009. p. 774)

Trata-se de uma modalidade de aquisição originária da propriedade, através da qual a administração pública intervém de modo gravoso na propriedade particular, substituindo-a em nome do interesse público, mediante o pagamento de justa e prévia indenização, nos termos do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, submetendo-se a regramento especial em caso de descumprimento da função social da propriedade (art. 182, § 4º, III e 184, da Constituição Federal).

Tradicionalmente a desapropriação se dá a partir de um ato do Poder Executivo que, ao emitir Decreto expropriatório, inicia a chamada fase administrativa.

Nessa perspectiva, em 22/12/2009 foi publicado Decreto que declarou de interesse social para fins de desapropriação uma área para assentamento de famílias da Comunidade Indígena Tuxá de Rodelas.

Tal ato foi objeto de Mandado de Segurança n. 28.751 perante o Supremo Tribunal Federal. Alegava-se que, pelo art. 2º, § 8º, do Decreto n. 1.775/96, a FUNAI não poderia ter dado início à demarcação de novas terras sem a oitiva dos potenciais prejudicados pelo procedimento administrativo que culminou no Decreto expropriatório.

Em que pese a não concessão de medida liminar por parte do Supremo Tribunal Federal - STF, ações violentas por parte de proprietários e posseiros, somados à dificuldade de fixação e insuficiência do valor a ser pago pelo imóvel, ocasionaram excessiva demora, de modo que o Decreto expropriatório foi fulminado pela caducidade.

Novo Decreto expropriatório foi publicado, em 14/03/2014. Tal Decreto teve, porém, seus efeitos suspensos pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar monocrática nos autos do Mandado de Segurança n. 33.069.

O argumento acatado pelo Ministro Relator considerou falho o fundamento adotado pelo Decreto. Isso porque, motivou-se a desapropriação

para fins de assentamento de indígenas no art. 2º, *caput*, inciso III, da Lei 4.132/62, que prevê a possibilidade de desapropriação por interesse social para “o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola”.

Entendeu o STF, contudo, que a desapropriação não visaria ao assentamento de cooperativas de povoamento e trabalho agrícola, mas sim ao assentamento de comunidade indígena em terreno que não constitui área tradicionalmente ocupada. Considerou, ainda, o Ministro Relator, que as terras objeto do Decreto expropriatório seriam ocupadas e plenamente produtivas, o que impediria sua desapropriação com o fundamento no art. 185, II, da Constituição.

No caso envolvendo a Comunidade Tuxá de Rodelas, portanto, a CHESF resumiu sua obrigação compensatória à entrega de valores monetários, restando à FUNAI a responsabilidade de empreender os esforços materiais no intuito de operacionalizar a aquisição das terras e sua disponibilização aos indígenas, estando, no momento, impossibilitada de prosseguir em tal desiderato diante da celeuma jurídica construída em torno da desapropriação da área pretendida.

Os imbrólios jurídicos causados pela pulverização das responsabilidades quanto à compensação dos indígenas fizeram com que, passados mais de 30 anos, os membros da etnia Tuxá ainda se encontrem desprovidos de meios para garantir sua dignidade e suas condições culturais de existência.

A desapropriação tradicional, portanto, envolvendo a necessidade de Decreto por parte do Presidente da República, a elaboração de estudos e procedimentos administrativos por parte da FUNAI e o pagamento de valores por parte de concessionárias padece de larga complexidade e falta de sincronia, importando, ao final, em um prejuízo cada vez mais crescente aos indígenas.

Diante disso, importa considerar se o procedimento simplificado de desapropriação previsto no art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil não se constituiria em meio mais célere e eficaz de atender os interesses indígenas em determinados casos, evitando a excessiva pulverização de responsabilidade e retardamento nos procedimentos de expropriação e assentamento.

### **3 A NOVA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DO ART. 1.228, §§ 4º E 5º DO CÓDIGO CIVIL**

Muito embora a clássica concepção civilista consagre a propriedade como sendo um direito absoluto, exclusivo e perpétuo, não há dúvidas que, a partir do novo paradigma inaugurado pela Constituição Federal de 1988, tais características passam a ser relativizadas ante o choque com outros direitos fundamentais. (ALMEIDA FILHO, 2016. p. 3)



Nesse sentido, a Carta Federal de 1988, ao mesmo tempo em que alça a propriedade ao patamar de direito fundamental (art. 5º, XXII) condiciona o seu exercício ao cumprimento da função social (arts. 5º, XXIII; 170, III; 184) inclusive, autorizando o Estado a suprimir a propriedade particular com vistas a atender necessidade ou utilidade pública ou interesse social (art. 5º, XXIV).

Essa constitucionalização do direito civil permite que o direito de propriedade, outrora focado no modelo individual-liberal, seja visto também sob a ótica da socialidade, o que gera significativas mudanças na interpretação deste instituto.

De acordo com Carneiro (2009, p. 67):

A socialidade representaria a superação do modelo individual-liberal que conformou o Direito Civil em sua gênese e que edificou antigo código de 1916. Isso não quer dizer que o Direito Civil tenha perdido o foco das relações individuais, mas que a partir delas não se pode perder o valor social de tais relações. Sob o ponto de vista constitucional, trata-se de um desdobramento do princípio da solidariedade e de todas as “funções sociais” que dele se desdobram, a exemplo da função social da propriedade, da livre iniciativa, da empresa e do contrato.

Embalado por essa novel visão social da propriedade, o Código Civil de 2002 introduziu na ordem jurídica uma nova modalidade de perda de propriedade, a chamada “desapropriação judicial” (ZAVASCKI, 2004), cujos requisitos estão previstos nos §§ 4º e 5º do art. 1.248:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

[...]

§ 4.º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5.º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Trata-se de verdadeira modalidade de alienação compulsória do proprietário sem posse ao possuidor sem propriedade, desde que preenchidos determinados requisitos previstos pelo legislador, e que traz como regra a possibilidade de o proprietário ser privado da coisa por sentença judicial (LOUREIRO, 2010, p.1203).

Os requisitos previstos pelo legislador para a aplicação do instituto são os seguintes: a) imóvel reivindicado com área extensa; b) a posse ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos; c) a ocupação por um número considerável de pessoas; d) a realização, em conjunto ou separadamente, de obra ou serviço considerado pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Cumpra ressaltar que “a análise acerca dos referidos requisitos requer uma atuação integradora, capaz de dar vida aos institutos constituídos a partir de cláusulas abertas, através do caso concreto.” (SANTIS, 2013, p. 101).

Assim, caberá ao juiz, na apreciação do caso concreto e tendo em conta os princípios que norteiam a aplicação do instituto, interpretar cada um dos requisitos legais, buscando a real função da propriedade perante o ordenamento jurídico.

Sobre a discricionariedade do juiz nas demandas que envolvem o instituto da desapropriação judicial, assim comenta Tasca (2014, p. 215):

É certo que diante das circunstâncias apresentadas, fica notório o poder discricionário do juiz nas causas que impliquem a demanda dos §§4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil, tendo total liberdade e convicção para formar sua opinião, se pensar a função social como um princípio e não, simplesmente, como uma real necessidade inspiradora de um ordenamento, levada pelo seu positivismo legal.

A partir do momento em que o juiz, levar em consideração os elementos norteadores, baseados em princípios, para poder avocar os conceitos dos dispositivos em estudo, e fazendo ordem hermenêutica no sentido axiológico e ontológico, com certeza, chegará a uma ordem social justa.

Os §§4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil inserem-se, portanto, na perspectiva constitucional e aberta a partir da qual vem sendo aplicado o Direito Civil na atualidade, oferecendo instrumental dinâmico a fim de que as problemáticas reais sejam contempladas ante a dialeticidade existente entre as noções de posse e propriedade.

Ao permitir a desconstituição da relação de direito firmada entre o proprietário e o bem, o instituto presta-se à praticabilidade e funcionalidade do imóvel no intuito de atender aos desígnios constitucionais (SANTIS,

2013). Deve, portanto, ser aplicado mediante uma interpretação ampliativa voltada para a efetivação *in totum* dos direitos fundamentais albergados pelo ordenamento jurídico.

A desapropriação judicial surge como um instituto simplificado de submissão da propriedade à posse. A partir de uma utilização ampla da apreciação judicial, os valores da dignidade da pessoa humana e do interesse público permitem ao poder judiciário, fazendo valoração própria, impor ao particular a venda compulsória de sua propriedade.

Em que pese os requisitos para a aplicação do instituto serem bastante restritos, é possível verificar que sua inscrição no Código Civil implica, por si só, uma nova configuração dos estatutos tradicionais de Direito Civil em consonância com a tessitura aberta do ordenamento jurídico diante da interrelação entre espécies de normas e ordens normativas (DELMAS-MARTY, 2004) vigente na atualidade.

Nesse contexto, pois, o antigo conceito de posse é revisto e atualizado em consonância com os fins sociais da propriedade, sendo a posse coletiva içada a verdadeiro requisito ensejador da propriedade, a partir da previsão dos §§4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil (REALE, 1999) e, nessa perspectiva, deve-se analisar sua aplicação no resguardo da concepção cultural conferida à posse pelas comunidades indígenas.

#### **4 A CONCEPÇÃO AMPLIATIVA DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA INDÍGENA DE POSSE**

Conforme mencionado anteriormente, as empreitadas levadas a cabo em nome do ideal desenvolvimentista importaram em grave violação dos direitos indígenas, tornando imperiosa a reparação às comunidades. Os direitos dos indígenas aviltados pela ocupação de terras em proveito de empreendimentos de interesse nacional não conseguem, passados mais de 30 anos, ser restaurados ou reparados através de estratégias jurídicas tradicionais e seguem olvidados pelas políticas públicas baseadas em integracionismo e colonialismo (SANTOS, 2015, p. 263).

Vislumbrou-se no caso dos Tuxá, por exemplo, que as soluções expropriatórias tradicionais para a garantia da territorialidade indígena apenas implicam retardo e deterioração da situação dos membros da comunidade, em razão, principalmente, da falta de sincronia entre as fases do procedimento previsto na legislação extravagante.

Tal questão vem se reproduzindo no caso do povo Gavião da Montanha, com a iminência de se enveredar pela mesmo labirinto jurídico dos confrades baianos, visto que, na hipótese de recusa do proprietário em vender a área almejada pelos indígenas, é ventilada, tão somente, a

utilização da desapropriação por interesse social a ser implementada pela FUNAI após Decreto presidencial, com recursos limitados repassados pela Eletronorte.

Diante de tais problemas, necessário, pois, “situar os direitos indígenas como alteridade jurídico-normativa frente ao direito estatuído pela sociedade” (SANTOS, 2015, p. 265), vislumbrando-se a possibilidade de utilizar a desapropriação judicial como opção voltada à implementação dos direitos indígenas. Tal modalidade permitiria evitar os longos trâmites do Decreto presidencial, permitindo, ainda, que os recursos sejam versados diretamente pela Eletronorte ao expropriado, resguardando os interesses indígenas diante do real detentor da obrigação compensatória.

Os §§4º e 5º art. 1.228 do Código Civil exigem, entre outras coisas, a posse ininterrupta de extensa área por um número considerável de pessoas que nela tenham realizado obra ou serviço considerado pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Por certo, uma interpretação literal do dispositivo legal não vislumbrará aplicação do instituto ao caso específico de indígenas que sequer encontram-se ocupando fisicamente as áreas almejadas.

Faz-se imperativo ao *Direito*, porém, efetivar os *direitos* (GRAU, 1998) dos povos lesados, proporcionando condições para a implementação dos mandados constitucionais e internacionais, através da expansão das possibilidades hermenêuticas. Necessário, então, fornecer-se soluções jurídicas abertas e pluralistas (HABERLE, 2002; HESSE, 1992), de modo a conferir efetividade ao valor maior, constitucionalmente garantido, que é assegurar as condições de vida digna aos indígenas, dentro de suas concepções culturais.

É certo que a configuração da posse pauta-se tradicionalmente em elementos de ordinária exteriorização. Tais elementos, contudo, não são capazes de ter em conta todas as circunstâncias futuras, fazendo necessária a intervenção ampliativa do poder judiciário, no intuito de fazer valer os princípios que se encontram na essência do instituto.

Neste sentido, esclarecedora a doutrina de Zavascki (2004, p. 10):

A lei, criada para atuar no futuro, nem sempre consegue intuir os múltiplos fenômenos de colisão de princípios, até porque a vida é dinâmica, apresentando a cada dia novidades que o legislador, que atuou no passado, não imaginava pudessem surgir. Ora, nesses casos, em que há falta ou insuficiência de regra legal de harmonização de princípios colidentes, cumpre ao juiz, ele próprio, criar a norma apta eliminar o conflito.

Dentro dessa ideia de abertura da função jurisdicional, o instituto da desapropriação judicial introduz a perspectiva da posse-trabalho (REALE, 1999, p. 82) a ser valorada pelo juiz ao apreciar o art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil.

Tal noção, porém, precisa ser adaptada às múltiplas realidades a respeito do tema, diante da pluralidade de situações existentes da esfera continental do Brasil. Nessa perspectiva o instituto da posse tem passado por uma evolução hermenêutica ao longo do tempo, buscando-se uma “correção dos desequilíbrios do passado, a partir de uma aplicação atualizada dos institutos possessórios” (FREITAS JÚNIOR, 2004, p. 3)

A noção de posse impõe, portanto, ampliação capaz de abarcar as distintas realidades e visões culturais em que se insere. Nesse sentido surge a reconfiguração da posse à dinâmica de ocupação evidenciada na região amazônica, origem da moderna concepção de posse agroecológica (BENATTI, 2003). Na mesma sistemática se impõe a adequação da concepção de posse, da propriedade e de sua função social aos interesses das comunidades indígenas, os quais precisam ser concretizados a partir da perspectiva do diálogo das fontes (MARQUES, 2004) e do pluralismo jurídico.

Nesse sentido, a Declaração Internacional dos Direitos dos Povos Indígenas, adotada em 13 de setembro de 2007 pela Assembleia Geral da ONU, menciona expressamente o direito que assiste a essas comunidades de manter e desenvolver seus sistemas ou instituições políticas, econômicas e sociais (art. 20), fortalecer sua própria relação espiritual com as terras e territórios (art. 25), sendo-lhes assegurando possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido (art. 26).

A fim de conferir efetividade a tais formulações, o mesmo diploma determina expressamente que:

Artigo 26 [...]

3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram.

Artigo 27

Os Estados estabelecerão e aplicarão, em conjunto com os povos indígenas interessados, um processo equitativo, independente, imparcial, aberto e transparente, no qual sejam devidamente reconhecidas as leis, tradições, costumes e regimes de posse da terra dos povos indígenas, para reconhecer e adjudicar os direitos dos povos indígenas sobre suas terras, territórios e recursos, compreendidos aqueles que tradicionalmente possuem, ocupam ou de outra forma utilizem. Os povos indígenas terão direito de participar desse processo.

A Convenção 169 da OIT ressalta, por sua vez, com maior força cogente, no art. 13.1, a necessidade de respeito à importância especial do território para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, respeitando-se suas próprias formas de uso.

Igualmente, o Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Cíveis e Políticos impõe a necessidade de resguardo das concepções culturais das minorias étnicas, possuindo, além de tudo, status constitucional.

Tais concepções normativas vêm sendo concretizadas, no que tange aos interesses dos povos indígenas, em diversas manifestações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ressaltando-se o teor da decisão no caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni VS. Nicarágua*:

A relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações.

No caso do *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku VS. Equador* a Corte Interamericana manifestou-se no sentido de que a:

Vinculação entre o território e os recursos naturais que os povos indígenas e tribais usaram tradicionalmente e que são necessários para sua sobrevivência física e cultural, bem como para o desenvolvimento e continuidade de sua cosmovisão, deve ser protegida pelo artigo 21 da Convenção para garantir que possam continuar vivendo de acordo com seu modo de vida tradicional, e que sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições distintas sejam respeitados, garantidos e protegidos pelos Estados

A relação existente entre os indígenas e o território reveste-se, pois, de caráter totalmente diverso daquele tradicionalmente seguido pela sociedade moderna e, à tal carga valorativa fica o Estado adstrito, sendo obrigado a adotar ações positivas no intuito de fornecer concretização material a tal desiderato, vez que a implementação dos direitos indígenas não pode se limitar aos meandros do direito processual e à visão estática da ordem jurídica, ignorando a “temporalidade e a cosmologia indígena quanto à liquidez e certeza dos direitos territoriais subtraídos” (SANTOS, 2015, p. 278).

A posse indígena, portanto, conforme bem expõe Freitas Júnior (2004, p. 9), “não pode ter sua proteção subordinada a existência de uma aparência de propriedade ou confundida meramente com a posse civil ou ocupação geral”. Em consequência disso, conforme prossegue o autor, é apenas a partir do seu modo de vida e do seu modo de ver “que se pode dizer que uma terra está na posse dos silvícolas”.

Como bem expõe Ribeiro Júnior (2017, p. 95), relacionando-se especificamente ao caso sob análise:

É nesse contexto de luta que a definição de território pelos indígenas, está diretamente associada à constituição da identidade do grupo, pois ao materializar o pedido de reposição do território, os Akrãtkatêjê, estão também se remetendo ao pedido de reconhecimento do seu modo de vida, da sua cultura; através do seu território, assumem, portanto, a identidade enquanto um grupo entre os “Gavião”, com sua liderança e práticas sociais.

Nesse sentido, verifica-se que a relação possessória indígena se estrutura por requisitos culturais e espirituais que abrangem a representação que os povos fazem do território, abarcando, ainda, a imprescindibilidade das áreas para a própria existência da comunidade indígena em sua essência e, sob esse fundamento, então, deve ser aplicado o instituto previsto nos art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil, propiciando dialeticidade entre a ordem normativa tradicional e o contexto da questão indígena.

## 5 CONCLUSÃO

O estudo ora apresentado evidencia que a garantia dos direitos indígenas à territorialidade que lhe assegure manutenção de seu modo de vida, ancestralidade e sobrevivência cultural encontra óbice na leitura literal, integracionista e restritiva dos institutos jurídicos.

A exemplo dos casos dos indígenas Tuxá de Rodelas e Gavião da Montanha, observa-se que celeumas diversas abarrotam a justiça com lides

que duram várias décadas, perdurando de forma estática e insensível aos efetivos interesses constitucionalmente protegidos que visam implementar. Os indígenas, deslocados de suas áreas de ocupação tradicional em razão da construção de usinas hidrelétricas, se veem desprovidos e compensação e impossibilitados de exercer seu modo de vida em áreas que lhes sejam próprias, muito por conta da complexidade dos procedimentos tradicionais de desapropriação.

Conferindo-se flexibilidade e efetividade às soluções tradicionais dos conflitos entre posse e propriedade surge o instituto da desapropriação judicial previsto no art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil. Tal instituto, permitiria, sob o controle e comando do judiciário, que as áreas necessárias ao assentamento das comunidades indígenas fossem expropriadas de forma mais célere – sem a burocracia que reveste a emissão dos Decretos presidenciais –, com a transferência de recursos diretamente por parte dos responsáveis pelos empreendimentos hidroelétricos – evitando que a FUNAI, desprovida de recursos, seja responsável pela aquisição das áreas.

A posse prevista pela Lei Civil como requisito para a aplicação do instituto, porém, em sua perspectiva literal, não teria o condão de abranger a concepção que dela fazem os indígenas.

Diante disso, através da análise pautada em abertura hermenêutica, diálogo das fontes e pluralismo jurídico, os requisitos formais para a utilização de tal instituto devem ser operacionalizados com o intuito de conferir materialidade aos direitos territoriais indígenas.

Uma concepção cosmológica de posse, considerando a tradicionalidade cultural e espiritual dos povos indígenas deve ser valorada e, conseqüentemente, utilizada para possibilitar a aplicação dos institutos jurídicos de modo a garantir o interesse dessas comunidades, assegurando-lhes a territorialidade imprescindível à sua existência.

Deve-se, portanto, prezar pela superação dos entraves processuais e procedimentais que ignoram a temporalidade indígena e, através da valorização da concepção simbólica, ancestral e cosmológica da posse, utilizar a desapropriação judicial em nova perspectiva para promover maior celeridade na efetiva concretização dos direitos desses povos tão amplamente menosprezados.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Carlos Alberto Souza de; ISHIKAWA, Lauro. A regularização fundiária pela desapropriação judicial privada por posse-trabalho. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n.66, p. 273 - 290, abr./jul. 2016.



- BENATTI, J. H. *Posse agroecológica e manejo florestal*. Curitiba: Juruá, 2003.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. O novo Código Civil e as políticas públicas - Uma análise da desapropriação judicial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte: Sec. Tribunais, v.23, n.145, p. 66-86, jan./fev. 2009.
- CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DELMAS-MARTY, M. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004.
- FERRAZ, Iara. *Os Parkatejê das matas do Tocantins: a epopeia de um líder Timbira*. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, letras e ciências humanas, 1983.
- FREITAS JÚNIOR, Luís de. Hermenêutica constitucional da posse indígena. *Revista da AGU*, a. VII, n 15, p. 129-148, mar. 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "Procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- LICHTENTHALER, W. B. *Laudo Antoprológico em que se avalia a adequação das terras pretendidas pelos Akratikâtejê como indenização pelo antigo território que perderam por conta das obras da Usina Hidrelétrica de Tucuruí, de responsabilidade da Eletrorte*. Marabá: FUNAI, 2007 (mimeo).
- LOUREIRO, Francisco et. al. *Código Civil Comentado*. 4. ed. Barueri: Manole, 2010.
- MARQUES, C. L. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.
- REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO JÚNIOR, Ribamar. Akratikâtejê: a luta pelo reconhecimento do seu território. *Revista Confronteiras*, a. 1, n. 01, p. 77-102, abr. 2017.

SANTIS, Paula Ramos Nora. *Desapropriação judicial e dignidade da pessoa humana: a prevalência da função social da posse agrária*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, 2013.

SANTOS, Jorge Luis Ribeiro dos. Povos indígenas, direito e estado: rompendo cânones do integracionismo jurídico. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 1, p. 256-283, jan./abr. 2015.

TASCA, Jocimar Antonio. Desapropriação judicial diante da realidade contemporânea. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 28, n. 176, p. 199-229, mar./abr. 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. *Direito e Democracia*, v. 5, n. 1, p.7-28, 1. semestre, 2004.