

Parte III
**O Papel da
Perícia Antropológica
no Reconhecimento das
Terras de Ocupação
Tradicional**

Terras de Ocupação Tradicional: Aspectos Práticos da Perícia Antropológica

Wagner Gonçalves¹

Honraram-me a Comissão Pró-Índio, a Associação Brasileira de Antropologia — ABA e o Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo — USP com o convite para participar, como expositor, deste seminário sobre “Perícia Antropológica em Processos Judiciais”.

Como responsável pela Coordenadoria de Defesa dos Direitos e Interesses das Populações Indígenas no âmbito do Ministério Público Federal, despertou-me o convite vivo interesse, face às dificuldades, dúvidas e divergências de opiniões que, não raro, assaltam todos aqueles que atuam na defesa dos direitos indígenas.

Devo confessar que a atuação do Ministério Público Federal, na defesa de tais direitos, tem conotação especial, na medida em que, por ter também a obrigação de defender outros direitos coletivos (inc. III, art. 129, da C. F.), defender a ordem jurídica (art. 127), o meio-ambiente e o patrimônio público (inc. III, art. 129), depara-se com situações nas quais dois ou mais interesses relevantes, que a ele competem defender, se digladiam.

Ainda não se conseguiu sistematizar, de conseguinte, a atuação dos membros do Ministério Público Federal na defesa dos direitos indígenas. A Coordenadoria que represento no seio da Instituição é tentativa nesse sentido, e nada é mais importante do que seminário como este, que traz à tona temas objetivos, mas de valor incomensurável para esclarecer, auxiliar e definir conceitos, diretrizes e posições, quanto ao melhor meio de, no âmbito do processo judicial, defender direitos e interesses indígenas.

Além disso, como agora há um órgão institucional legitimado a defender tais direitos, direitos esses que são defendidos também pela FUNAI, (§ único, art. 1, da Lei n 5.371/67), pelos próprios índios, suas comunidades e organizações (art. 232, da C. F.), nada é mais importante do que debater as questões aqui apresentadas, para que se estabeleça uniformidade de tratamento no processo

1 — Procurador da República, Coordenadoria de Defesa dos Direitos e Interesses das Populações Indígenas, Ministério Público Federal.

judicial, evitando-se, assim, decisões judiciais divergentes, contraditórias e contrárias aos interesses e direitos que se querem preservar.

Pretendo dividir esta exposição em três partes: perícia, como meio de prova; terras de ocupação tradicional indígena como objeto de perícia, e perícia antropológica, aspectos práticos. Finalmente, usarei tirar algumas conclusões.

Perícia como meio de prova

Quanto à primeira questão — perícia como meio de prova — pretendo reavivar alguns pontos, uma vez que o tema já foi exaustivamente apreciado, com proficiência, pelos ilustres expositores que me antecederam.

Como mencionado, perícia, regulada pelo art. 420 e seguintes, do Cód. de Proc. Civil, é meio de prova. Realiza-se para auxiliar o Juiz a fim de que o mesmo possa bem julgar a causa, quando nesta se faz indispensável conhecimento técnico. Segundo José Frederico Marques, perícia é “a prova destinada a levar ao Juiz elementos instrutórios sobre algum fato que dependa de conhecimentos especiais de ordem técnica”². É, segundo Chioenda, emérito processualista italiano, *onus probandi*, “que se situa entre os problemas vitais do processo”³.

A perícia é admissível na medida em que os fatos, para sua verificação, dependam de conhecimentos técnicos. E ela pode ser indeferida quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas (inc. II, art. 420 do C. P. Civil), face ao princípio da celeridade processual, ou porque ao Juiz ela se apresenta inútil (art. 130 do CPC). Poderá também ser indeferida, quando a verificação for impraticável (inc. III, art. 130 CPC).

Assim, a perícia é uma verificação que se faz sobre um objeto, entendido este como algo material, para cuja percepção dos fatos se fazem, repetindo, necessários conhecimentos técnicos.

Ora, se se realiza a perícia sobre algo concreto, material, os fatos, que se querem provar, precisam ser, em princípio, permanente ou atuais. No dizer do ex-ministro do Supremo, Moacyr Amaral Santos:

Os fatos são transitórios ou permanentes, pretéritos ou atuais. De ordinário, os permanentes e os atuais é que são suscetíveis de perícia e não os transitórios e os pretéritos. Mas os fatos transitórios e os pretéritos podem haver deixado rastros, vestígios que examinados pelo técnico, lhe permitam reconstituí-los e torná-los atuais ao juiz para os fins do processo. Pelas ruínas e destruições que deixou, reproduz-se a intensidade, a duração e a direção da

2 - in *Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1974, pág. 225.

3 - in *Elementos de Derecho Procesal Civil*.

tempestade. Através dos vestígios, chega-se a reproduzir um fato pretérito ou transitório, mercê dos conhecimentos especiais utilizados pelo perito. Bastam estas poucas considerações para reconhecer-se que também os fatos transitórios ou pretéritos podem constituir objeto de perícia, desde que tenham deixado vestígios. Torna-se praticável a perícia porque, partindo-se dos vestígios, por induções e juízos, se reproduz o fato ou se chega a uma conclusão relativamente ao mesmo fato.

Precisamente esse o sentido do nº III do parágrafo único do art. 420. Será praticável a perícia, e de conseguinte dever-se-á autorizá-la, quando, apesar da natureza transitória ou pretérita do fato, haja este deixado vestígios que permitam a sua verificação; será impraticável a perícia, e dever-se-á negá-la, no caso do fato não haver ficado sinal ou marca sobre o qual possa recair o exame pericial.⁴

Vê-se, de conseguinte, que aqui já nos assalta questão crucial. Como realizar perícia, na modalidade de vistoria, que é a inspeção sobre imóvel, quando a área de ocupação tradicional indígena não tem vestígios ou sinal de ocupação indígena, sinais esses que já se perderam nas brumas do tempo?

Dirão uns que tais sinais não são necessários para o laudo antropológico. Concordo que eles não sejam necessários ao laudo, mas, como a própria lei estabelece, eles são necessários à perícia. Diga-se que o Juiz não está adstrito à perícia, podendo inclusive rejeitá-la (art. 436, do CPC e RTJ 85/190). E que se pode reconhecer judicialmente área indígena só por pesquisa histórica, pelo parecer ou laudo antropológico ou por outras provas e documentos.

Minha preocupação, contudo, encontra-se no campo dos fatos que se querem provar na ação, quando o Juiz entende necessária a perícia e vê que, apesar de necessária, não há como realizá-la, já que inexistem marcas ou sinais sobre os quais possam recair o exame pericial.

Para se ter em mente esta preocupação é preciso assinalar que se discute aqui perícia judicial como meio de prova e nos limites do art. 420 e seguintes do CPC. Tal perícia, repita-se, não pode ser confundida com laudo antropológico, exposição de fatos pretéritos ou pesquisa histórica.

Das Terras de Ocupação Tradicional

Não se desata essa questiúncula, sem que se aperceba o alcance do conceito de terras de ocupação tradicional indígena. Daí a necessidade do técnico, antropólogo, que irá visualizar fatos, não sobre a ótica do conceito de ocupação,

4 - in *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 1977, pág. 342.

posse, sinais dessa ocupação, na percepção civilista do direito outorgado, mas irá visualizá-los sobre a perspectiva do **habitat** de um povo, do **indigenato**, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas ríazes já nos primeiros tempos da Colônia, quando do Alvará de 1º de abril de 1680, na clara expressão de José Afonso da Silva.

A definição constitucional de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios foi melhor aboradada até hoje, s.m.j., por José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, quando assinala que a base dessa definição se acha fundada em quatro condições, **todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha**, a saber: 1º — serem por eles utilizadas em caráter permanente; 2º — serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; 3º — serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar; 4º — serem necessárias à sua reprodução física e cultural, tudo segundo seus usos, costumes e tradições.

Ao ler o trecho do Curso de Direito Constitucional Positivo, de José Afonso da Silva, impressiona sobremaneira a expressão **todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha**. Representa isso que a definição constitucional do que sejam terras indígenas pressupõe a **interação** das condições citadas. Ou seja, é terra tradicional indígena a “soma das áreas” que, **segundo uso, costumes e tradições**, formem um todo expresso por **habitação permanente**, utilizadas para atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar, e necessários à sua reprodução física e cultural.

É o modo de ser deles, que o *expert*, perito-técnico-antropólogo, irá traduzir, a partir de determinado espaço, para auxiliar o Juiz no julgamento da causa. Terá em vista não somente vestígios de ocupação, mas dará o enforque, a partir da habitação permanente, da terra como suporte da vida social ligada a um sistema de crenças e conhecimentos. No dizer da Dr^a Alcida Rita Ramos:

*Para as sociedades indígenas a terra é muito mais do que simples meio de subsistência. Ela representa o suporte da vida social e está diretamente ligada ao sistema de crenças e conhecimento. Não é apenas um recurso natural mas é tão importante quanto este um recurso sociocultural.*⁵

Assim, não se resume a terra da definição constitucional ao local das malocas, ou às áreas de atividades produtivas, ou àquelas necessárias ao seu bem estar, ou às necessárias à sua reprodução física e cultural.

Diante dessa definição, cujos elementos se entrelaçam e se interagem, podem-se extrair duas conclusões. Quanto à primeira, socorre-me novamente o professor José Afonso da Silva: terras tradicionalmente ocupadas não revela uma

5 - in *Sociedades Indígenas*, Ed. Ática, 1986, pág. 13.

relação temporal, não se refere a tempo de ocupação. "Ocupadas tradicionalmente não significa ocupação imemorial". Segundo o ilustre autor: "O tradicionalmente refere-se ... ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições"⁶

A segunda conclusão, s.m.j., decorre do fato de terras tradicionalmente ocupadas pressupor habitação em caráter permanente, como base de um **habitat**, no sentido ecológico da relação de um povo com a terra onde vive. Tal relação, de conseguinte, visa garantir **posse permanente**, que, também no dizer de José Afonso da Silva, não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu **habitat**.

Habitação de caráter permanente pressupõe, entretanto, um fato concreto, a própria ocupação indígena sobre determinada área, que lhe é destinada à posse permanente, **para sempre**.

Tal fato, *in casu*, não está desassociado dos demais elementos antes referidos, que se interagem, para definir o que seja terra tradicionalmente indígena, como antes assinalado. Contudo, deve o *expert* (s.m.j.) partir da **situação atual**, pelo fato da existência de habitação permanente, daí se apurando, face ao reconhecimento do direito originário e congênito, a extensão do território necessário ao desenvolvimento e bem-estar das comunidades indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições — **habitat de um povo**.

Dentro desse enfoque, é possível sempre realizar a perícia, como **vistoria antropológica**, já que ela pressupõe um imóvel sobre o qual irá o perito se debruçar. Imóvel que, *in casu*, significa **chão**, espaço ao qual o *expert* irá apurar ocupação pelos critérios culturais próprios do grupo que o habita, além do necessário levantamento histórico.

Contudo, se não há habitação ou posse permanente, se a área é ocupada por não-índios, cumpre ao intérprete etno-cultural e etno-histórico, se assim podemos chamar o perito judicial, descrever a ocupação existente, com todas suas características, indicando, se possível, a data dessa posse, as árvores plantadas, casas, cercas, etc., porque tais dados, como elementos necessários à perícia, são meios de prova, a serem levados ao Juiz, que os examinará como o **perito dos peritos**.

Tal posse será, assim, apreciada pelo Juiz a partir da sua legalidade e legitimidade, em confronto com outros dados do processo e dos demais elementos da perícia. Daí poderá o Juiz, com base nas normas constitucionais, a partir

6 - Obra citada, pág. 716.

da Constituição de 1934, — que foi a primeira constituição brasileira a reconhecer a posse de terras pelos silvícolas — dizer o direito, ou seja, garantir a prestação jurisdicional pedida.

Assinale-se, assim, que o papel da perícia antropológica é dizer fatos com base na situação atual e no consenso histórico, sobre a perspectiva etno-histórica e etno-cultural, fornecendo dados e elementos para que o julgador possa definir, juridicamente, se determinado território é área de ocupação tradicional indígena.

Perícia Antropológica, aspectos práticos

A perícia judicial é feita com base em quesitos. Quesitos são pontos ou questões, sobre as quais se pede resposta em Juízo. E o art. 426 do CPC diz que ao Juiz compete indeferir quesitos impertinentes (inc. I), formulando os que entender necessários ao esclarecimento da causa (inc. II).

Vê-se, assim, que a formulação de quesito é condição essencial para que, em Juízo, se possa definir o que seja terra de tradicional ocupação indígena.

No sentido de acentuar a importância da “quesitação”, deve-se ter sempre em vista que a perícia antropológica visa a fornecer dados ao Juiz para que possa, em última análise, reconhecer determinada área como indígena, o que envolve, na prática, extensão e limites.

Dentro desse enfoque — extensão e limites — deve-se centrar a “quesitação” — fazer perguntas sobre situação atual, dados etno-históricos, etno-culturais, econômicos, etc. Deve-se dar prioridade também aos quesitos que informem sobre a área de ocupação segundo usos e costumes e as áreas necessárias à preservação do meio ambiente e à reprodução física e cultural dos índios, ou seja, terras suficientes para garantir a existência de povo etnicamente diferenciado — para o futuro.

Assim, a título de subsídios ou sugestão, ousou mencionar que a aludida quesitação, sem prejuízo de outras indagações, merece abordar:

— Tópicos a serem abordados para a realização de perícia antropológica:

1. Organização econômica do grupo

1.a — Se provêm sua subsistência por meio de coleta, quais as espécies coletadas? Onde podem ser encontradas tais espécies no território em questão? Que distância necessitam andar para obter os alimentos? Migram em função dessa atividade? Que distâncias percorrem nessas migrações? Para que locais costumam migrar?

1.b — Se caçadores ou pescadores, que distância necessitam caminhar para obter a caça ou o pescado? Deslocam-se ao longo das estações em função dessa

atividade? A que locais? Que distâncias percorrem? Quais os tipos de caça consomem? Onde são encontradas essas espécies na região?

1.c – Se agricultores, quais as técnicas utilizadas para o plantio? Costumam, em função dessa atividade, delocar-se? Para quais lugares? Qual a distância coberta nos deslocamentos?

2. Organização social do grupo

Dividem-se, internamente, em subgrupos? De que tipo? Tais subgrupos podem se cindir? Em caso de cisão, o novo subgrupo permanece no mesmo local? Mudando-se, instala-se em média a que distância do outro grupo? Que locais costumam percorrer em caso de deslocamento?

3. Organização política dos grupos

Existem lideranças internas? Tais lideranças são questionadas? As questões quanto à liderança podem acarretar cisão do grupo? Cindindo-se o grupo, o novo subgrupo se desloca da área? A que distância do outro subgrupo instala-se, em média?

4. Contato com a sociedade envolvente

Quando se deu o contato? Com esse contato, a organização econômica e social do grupo se altera? Em função de possível alteração, e afora a área que atualmente ocupam, pode-se definir a extensão das terras necessárias ao seu bem estar e à sua reprodução física e cultural? Quais os conflitos existentes? Quando os índios perderam a posse? Quem ocupa a área atualmente? De quanto data essa ocupação? Benfeitorias, plantações, árvores, etc. Há títulos incidentes sobre a área?

Como se vê nesta rápida abordagem, tais informes são de suma importância para o julgador.

Perícia Antropológica. Perito. Laudo Antropológico

Muitas vezes, antes de realizar perícia judicial, na forma prevista no art. 420 do CPC, vem às mãos do membro do Ministério Público Federal o chamado laudo antropológico. Em relação à perícia, pode-se dizer que o laudo ou parecer antropológico é “perícia” ou trabalho técnico “desafetado juridicamente”.

No seio da Instituição, laudo ou parecer antropológico, não raro, tem causado algumas perplexidades, vez que o *parquet* está acostumado a atuar com perícia judicial, que tem contornos bem definidos e onde o *expert*, técnico ou examinador, apura fatos concretos, pouco expressando sua vontade ou tendência. Examina-se um doente, vistoria-se uma casa, para apurar o valor dos prejuízos, face ao ato negligente; avalia-se um carro, define-se a paternidade, a

partir do exame "DNA". Enfim, chega-se, pelo trabalho técnico, a resultados de contornos específicos, definidos, concretos.

Tais questões, vez ou outra, são discutidas informalmente entre aqueles que atuam no seio do Ministério Público Federal na defesa de interesses e direitos indígenas e posso trazer à baila, resumindo essas preocupações, alguns pontos que, se não verdadeiros, merecem atenção:

1º — dois ou mais laudos de definição de área de ocupação indígena bem fundamentados, mas explicitando extensões de terras diferentes ("Waiampy");

2º — mesmo que existam dois laudos diferentes, a prevalência é sempre daquele de maior extensão, mesmo que o outro (que especifique área menor) esteja aparentemente melhor fundamentado;

3º — enorme paixão pessoal do antropólogo ou do expert na condução do trabalho;

4º — laudo antropológico que se baseia, no momento de definir a extensão da área indígena, em dados históricos, desprezando a perspectiva atual, da cultura, costumes e crenças, que já não refletem somente aqueles enfoques históricos;

5º — dificuldade do Ministério Público Federal, quando atua em nome da União, de encontrar perito-assistente técnico.

São essas algumas questões que evidenciam, conforme informações de colegas, a enorme emotividade que envolve a definição de terras indígenas e dos direitos assegurados aos mesmos pela Constituição.

Conclusões

1º — a perícia judicial é meio de prova e serve para fornecer elementos técnicos ao Juiz para a definição jurídica do que seja terra de ocupação tradicional indígena;

2º — a perícia não se confunde com laudo ou parecer antropológico ou teses ou pesquisas acadêmicas;

3º — realiza-se a perícia-antropológica a partir da visão do *habitat* de um povo e sob a perspectiva de ocupação segundo usos, costumes e tradições, tudo visando área que seja suficiente e necessária à sobrevivência, ao bem estar, e às necessidades de reprodução física e cultural de um povo etnicamente diferenciado;

4º — como trabalho técnico, realizado com base em quesitos (art. 426 do CPC), é importante que o Juiz, advogados e membros do Ministério Público Federal tenham uma visão sistemática do que se quer alcançar com a

perícia, nunca desassociada da perspectiva atual e histórica, e sob o enfoque dos itens antes assinalados;

- 5º — não se deve privilegiar somente dados históricos, quando se trata de definir terra de ocupação tradicional indígena, porque o “tradicionalmente” do texto constitucional (§ 1º, art. 231 C. F.) não se refere a tempo pretérito, mas à forma de ocupação de um dado território. Implica em dizer também da ocupação atual, segundo culturas e tradições, as quais também são mutáveis;
- 6º — é importante que a perícia reflita, com clareza, a posse de pessoas não índias. Indique, se possível, os títulos de propriedade existentes, e os sinais visíveis do tempo dessa posse;
- 7º — é preciso tratar a perícia-antropológica sem paixões, de modo a ser ela realmente um trabalho técnico; e
- 8º — na definição de terras de ocupação tradicional indígena os elementos da definição constitucional (§ 1º, art. 231) se entrelaçam e se interagem, não se podendo dizer que tal área seja indígena a partir de um só daqueles elementos.