

O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DAS QUESTÕES INDÍGENAS E O DIREITO DE PROPRIEDADE: ASPECTOS CRÍTICOS

Márcia Cristina Altvater VILAS BOAS
*Cláudia Maria Felix De Vico ARANTES**

SUMÁRIO: I. Tratamento conferido aos índios no início de nossa organização política. II. Evolução dos direitos indígenas nas Constituições. III. Constituição de 1988 – Breves Comentários ao art. 231. IV. Direito de propriedade diante da proteção assegurada aos índios na Constituição Federal. V. Conclusão; Bibliografia

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto fazer uma análise da evolução dos direitos dos índios e o tratamento constitucional dado ao longo de nossa organização política e, em contrapartida, uma análise desses direitos em face do direito de propriedade adquirido antes da Constituição de 1988. Isto porque as Constituições anteriores reservaram apenas um artigo, no sentido de garantir aos silvícolas a posse por eles habitada. Já a Constituição de 1988 consagrou um capítulo inteiro aos índios, ampliando em muito os seus direitos e gerando com isso, repercussões e discussões intermináveis no meio jurídico, afetando, por certo outros interesses jurídicos também tutelados pelo Estado.

ABSTRACT: This paper aims at analyzing the development of indigenous rights and constitutional treatment given throughout our organization and policy, however, an analysis of those rights in the face of property acquired before the 1988 Constitution. This is because the previous constitutions reserved only one article, to ensure the forestry possession they inhabited. Already the 1988 Constitution devoted an entire chapter to the Indians, extending far their rights and creating with it, effects and endless discussions on the legal, affecting, by some other legal interests also protected by the state.

PALAVRAS-CHAVE: questão indígena; direito de propriedade; direito constitucional.

KEY-WORDS: indigenous question; right to property; constitutional law.

* Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Advocacia Especializada em Direito Agrário.

** Especialista em Direito Processual Civil, possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Paraná - Faculdade de Direito de Jacarezinho (UENP - FUNDINOPI - 1996) - . Atualmente é Diretora Jurídico-Institucional da Faculdade do Norte Pioneiro, Conselheira - Ordem dos Advogados do Brasil/PR - Subseção de Santo Antônio da Platina-PR, Advogada da Faculdade do Norte Pioneiro e Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade do Norte Pioneiro. Artigo submetido em 11/09/2008. Artigo aprovado em 12/12/2008.

I - TRATAMENTO CONFERIDO AOS ÍNDIOS NO INÍCIO DE NOSSA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA:

Do que se tem notícia, o direito dos índios aos territórios que ocupavam foi reconhecido no Alvará Régio de 1º de abril de 1680, confirmado por uma Lei de 6 de Junho de 1775, a qual previa: “observância do Breve de Benedicto XIV, de 20 de Dezembro de 1741, assim como várias leis do Reino, sobre a liberdade das pessoas e bens e comércio dos índios do Pará e Maranhão.”¹

É de se observar, no entanto, que este dispositivo não teve nenhuma eficácia no sentido prático; porém, mesmo assim, é considerado como o ponto de partida para o direito indígena brasileiro, ainda que tivesse validade apenas para os índios do Pará e Maranhão.

Mais tarde, através de Alvará Régio, de 1755, a regra anteriormente editada se aplicaria a todo território brasileiro.

Com a chegada da Família Real portuguesa ao Brasil em 1808, D. João VI, tornou referido Alvará em letra morta e instituiu o princípio da “guerra justa”, pelo qual se poderia escravizar os índios em conflito com os colonos.

Também deve ser anotado que a legislação indigenista do século XIX, sobretudo até 1845, era flutuante.

O Decreto nº 426, de 24.07.1845 (conhecido como Regulamento das Missões) regulamentou as missões de catequese e civilização dos índios e, assim, procurou-se estabelecer as diretrizes sérias, mais administrativas do que políticas, para o governo dos índios aldeados. Por ele, prolongava-se o sistema de aldeamentos e explicitamente o entende como uma transição para a assimilação completa dos índios.² A partir daí fixou-se a dicotomia: índios colonizados e hordas selvagens, terminologia esta que apareceria explícita na Lei de Terras, nº 601, de 18/09/1850 e no seu respectivo regulamento, Decreto nº 1318, de 30/01/1854. O índio colonizado seria o índio aldeado, já atingido pela catequese e próximo dos civilizados, enquanto as hordas selvagens seriam os índios ainda arredios à catequese e à civilização, que viviam nômades, errantes a vagar pelo território nacional, para os quais deveriam ser constituídas reservas a partir de terras devolutas.

Portanto, essa era toda a legislação relativa aos índios no Império: o Regulamento das Missões (Decreto nº. 426), a Lei de Terras, nº. 601, e o decreto que a regulamentava, o Decreto nº. 1318.

¹ - PAULA, José Maria de, “Terras dos Índios” (Boletim nº 1, Ministério da Agricultura, Serviço de Proteção aos Índios, 1944), p. 69 e 70.

² - CUNHA, Manuela Carneiro da (org). “Legislação Indigenista no Século XIX: Uma Compilação” (1808-1889), São Paulo: Ed. USP, p. 9 a 11.

II – EVOLUÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS NAS CONSTITUIÇÕES.

A Constituição brasileira de 1824, simplesmente omitiu qualquer norma com respeito aos índios.

A primeira Constituição republicana, de 24/02/1891 também ignorou o índio, não lhe reconhecendo qualquer direito. Em seu art. 64, consta apenas a previsão de passar a posse e domínio das terras devolutas provenientes do Império, aos respectivos Estados Federados. Vejamos:

Art. 64 Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas, de ferro federais.

Parágrafo único. Os parques nacionais, que não forem necessários para serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados.

As normas que havia até então, eram aquelas que constavam na “Lei de Terras” e no seu Regulamento (Decreto nº 1.318, de 30.01.1854, arts. 72 a 75).

A Constituição Federal de 1934 não chegou a trazer alteração substancial, conforme se vê:

Art. 20 São do domínio da União:

I - os bens que a esta pertencem, nos termos das leis atualmente em vigor;

II - os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro;

III - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças.

Art. 21 São do domínio dos Estados:

I - os bens da propriedade destes pela legislação atualmente em vigor, com as restrições do artigo antecedente;

II - as margens dos rios e lagos navegáveis destinados ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular.

Relativamente às terras ocupadas pelos indígenas, em seu art. 129, limitou-se a garantir aos silvícolas a posse das terras por eles ocupadas:

Art. 129 Será respeitada a posse de terra de silvícolas que nela se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Vale observar, neste passo, o fato de os silvícolas, já naquela época, terem

a posse das terras que nelas estavam permanentemente localizados;

A Constituição de 1937 apenas fez transcrever no art. 154 o mesmo teor contido no art. 129 da Carta de 1934, anteriormente transcrito, dispondo que:

Art. 36 São do domínio federal:

a - os bens que pertencerem à União, nos termos das leis atualmente em vigor;

b - os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a territórios estrangeiros;

c - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças.

Art. 37 São do domínio dos Estados:

a - os bens de propriedade destes, nos termos da legislação em vigor, com as restrições do artigo antecedente;

b - as margens dos rios e lagos navegáveis, destinadas ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular.

Pouco antes da entrada em vigor da Carta de 1946, foi editado o Decreto-Lei nº 9.760/46. Então, por força de emenda constitucional, em face do regime de exceção vivido, acabou sendo alijado do cenário político pela Carta de 1946, isso no que veio a emprestar novo tratamento aos bens públicos de domínio da União.

Sob a vigência da Constituição Federal de 1946, dispôs-se:

Art. 34 Incluem-se entre os bens da União:

I - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;

II - a porção de terras devolutas indispensável à defesa das fronteiras, às fortificações, construções militares e estradas de ferro.

Art. 35 Incluem-se entre os bens do Estado os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual.

Ainda, no art. 216, reproduziu-se o texto da Carta de 1934, apenas substituindo a expressão “vedado aliená-las “ por “com a condição de não a transferirem”.

Nota-se que, até aqui, nada se dispôs, expressamente, sobre as terras ocupadas pelos indígenas.

A Constituição Federal de 1967 mostrou-se mais explícita, relativamente aos bens da União e, então, foi incluído preceito quanto às terras ocupadas pelos silvícolas. De qualquer forma, mais uma vez considerou-se a ocupação, em si:

Art. 4º Incluem-se entre os bens da União:

I - a porção de terras devolutas indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais;

II - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, constituem limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro; as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;

III - a plataforma continental;

IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

V - os que atualmente lhe pertencem; e

VI - o mar territorial.

Através do contido no art. 186, restou garantida a posse permanente das terras em que habitavam os silvícolas, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais.

Já o preceito contido no artigo 5º, revelou incluírem-se entre os bens dos Estados e Territórios “os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior”.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não introduziu modificação na regência da matéria, contemplando, tal como a Carta anterior, as terras ocupadas pelos silvícolas como sendo da União - artigos 4º e 5º.

Temos, então, a Constituição promulgada em 05.10.88, a qual, em contraste com as Cartas anteriores que reservaram apenas um artigo para tratar dos direitos dos índios, consagrou-lhes capítulo todo, o Capítulo VIII, com os arts. 231 e 232.

Vale anotar, também, que entre a Constituição de 1969 e de 1988, foi sancionado em dezembro de 1973, a Lei n. 6.001, o Estatuto do Índio.

III - CONSTITUIÇÃO DE 1988 – BREVES COMENTÁRIOS AO ART. 231.

Antes de analisarmos os dispositivos inseridos no Capítulo VIII da CF/88, vale a pena transcrever os comentários do jurista Ives Gandra Martins, ao discorrer sobre o art. 231, na obra Comentários à Constituição do Brasil:

O Capítulo VIII do Título VIII oferta dez por cento do território nacional,

aproximadamente, a duzentos e cinquenta mil brasileiros, deixando os outros noventa por cento para os demais cento e sessenta e cinco milhões de cidadãos e residentes no País.

O art. 231 reconhece aos índios o direito de manter suas organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Os indianistas lutam para que os índios continuem sendo primitivos, peças de museu, devendo ser preservados em seu atraso civilizacional, para gáudio dos povos civilizados, que poderão dizer que no passado pré-histórico os homens viviam como índios brasileiros.

Por outro lado, as organizações internacionais – e a matéria já tem sido denunciada – procuram tratar o território como indígena, mais do que brasileiro, razão pela qual, em eventual internacionalização da Amazônia para imposição da política externa, os verdadeiros titulares da terra seriam os indígenas e não os brasileiros.

Dissociando os índios do povo brasileiro e suas terras do Estado brasileiro, tais organizações pretendem tomar o problema indígena do Brasil um problema de preservação dos costumes primitivos, que é dever da humanidade, tornando mais fácil, à evidência, a exploração de dez por cento do território nacional, reservando aos duzentos e cinquenta mil remanescentes da população indígena – propugnando por acordos convenientes a tais grupos mais do que interesses do País.

É impressionante o loby que os indianistas brasileiros – e principalmente os estrangeiros – fizeram para que o Capítulo VIII do Título VIII fosse plasmado na Constituição, não havendo nada de semelhante feito a favor dos negros ou mestiços, que constituem quase metade da população brasileira e que têm tratamento de fato e em nível constitucional de muito menor consideração do que duzentos e cinquenta mil índios brasileiros, detentores de dez por cento do território nacional.

O dispositivo ainda faz menção a que caberá à União demarcar as terras indígenas (10% do território nacional) e nela preservá-los, protegendo e fazendo respeitar seus costumes primitivos, de preferência desestimulando-os de se civilizarem, como as outras raças que compõem o perfil ético brasileiro, como é o caso da raça negra ³

De fato, é impressionante a amplitude das garantias conferidas aos índios na CF/88.

Dispõe o art. 231, que:

³ BASTOS, Celso Ribeiro – MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 8 vol., Editora Saraiva, 1998, p. 1045/1047

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º. As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º. É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantindo, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

A finalidade do dispositivo em foco é disciplinar a proteção das terras indígenas. Então, ao que se vê, o legislador constituinte reconhece, num primeiro plano, os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente e, num segundo momento, passa a definir o conceito de *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*.

E é exatamente este o ponto principal do presente estudo, ou seja, OS PRESSUPOSTOS PARA RECONHECIMENTO DAS TERRAS INDÍGENAS.

Ora, ainda que reste evidente a ampliação dos direitos indígenas na

Constituição em vigor, é de suma importância ressaltar que à vista do contido no referido dispositivo legal, é pressuposto para o reconhecimento da posse aos índios, a permanência na área, tradicionalmente.

Como bem assevera Ives Gandra Martins:

Todas as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios lhes pertencem e a mais ninguém, desde que os índios lá estejam em caráter permanente. À evidência, como os índios primitivos não saíram de seus lugares de nascimento, por não terem descoberto nenhum dos meios de transporte, e ainda vivem – é desses índios que o constituinte fala – no seu estado primitivo, todas as terras por eles habitadas hoje lhes servem de habitação permanente. ⁴

O que restou assegurado, portanto, foi a permanência dos índios nas terras já ocupadas por eles, não podendo ser admitidas hipóteses de devolução de terras que já há tempos foram supostamente retiradas dos indígenas e que hoje se encontram na titularidade de particulares.

A propósito, o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL da 3ª Região, já decidiu que não se pode confundir “extintos aldeamentos indígenas” com “terras tradicionalmente ocupadas por índios” ⁵:

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no Mandado de Segurança nº 21.575/MS, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio de Mello, entendeu que:

A atual Carta não assegura aos indígenas o retorno às terras que outrora ocuparam, seja qual for a situação jurídica atual e o tempo transcorrido

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro – MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 8 vol., Editora Saraiva, 1998, p. 1048/1049

⁵ RT 175/151 -Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e patrimônio da União: TRF – Usucapião. Antigo aldeamento de índios. CF/88. À luz da vigente CF, só integram o patrimônio da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios ou que, para eles, estejam demarcadas (CF, art. 20, XV; art. 231, § 1º e § 4º, e art. 67 do ADCT). Os extintos aldeamentos indígenas, nos quais estão implantados bairros e até cidades, pelos que na posse dos particulares, já não podem ser considerados bens dominiais da União. Nesses casos, eventual ação da União seria não só paradoxal, como ocasionaria verdadeira convulsão social, em desrespeito aos princípios constitucionais que buscam a proteção do indivíduo ou àqueles que norteiam a atuação do poder Público Federal (CF, arts. 193 e ss., 21, XX; e 23, IX). Anteriormente ao CC, os bens patrimoniais da União, dos Estados e dos Municípios eram declarados alienáveis e, no tocante ao usucapião, equiparados aos particulares. No tocante aos extintos aldeamentos, o Estado não mais poderá demarcar essas terras, vez que só demarcará as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 67 do ADCT). Milita a favor do particular a presunção de que está na posse da terra, por si ou seus antecessores, desde data anterior à edição do CC., quando, neste século, historicamente, não houve relato da presença de índios no local.²⁵⁷ RT 609/211: “Sucedem-se as demandas e inumeráveis vezes áreas tidas como livres, que não se constituíram em território indígena e, assim, cedidas, regular e juridicamente, à propriedade de particular, ex abrupto aparecem, em relatórios, documentos, perícias, como ‘habitat’ imemorial dos índios, como se nisso pudessem transformar-se da noite para o dia” (Acórdão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.548-2-DF).

desde que as deixaram. O reconhecimento de direitos contido no art. 231 está ligado, no particular, às “terras que tradicionalmente ocupam” (presente), sendo que houve nítida preocupação em definir o sentido da expressão (...). Constata-se que toda a definição parte do pressuposto de as terras virem sendo habitadas pelos silvícolas, valendo notar que, coerentemente, o parágrafo 5º do citado artigo veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras.

Constata-se, pois, que v. Aresto definiu a questão quando se manifestou no sentido de que o reconhecimento de direitos previstos no texto constitucional (art. 231) só alcança as terras que índios ocupam ou que por eles são habitadas presentemente.⁶

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 219.983-3, o Ministro Nelson Jobim, manifestou seu entendimento da seguinte forma: *“Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área”*.

O ministro Carlos Velloso, por sua vez, na mesma oportunidade e ao proferir seu voto, trouxe as seguintes ponderações:

A disposição inscrita no inciso XI, do artigo 20, da Constituição Federal – terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – requer ocupação atual (...).”

A interpretação sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, solucionou definitivamente o problema: terras tradicionalmente ocupadas pelos índios requer ocupação atual.

O voto do ministro Nelson Jobim, que serviu, em grande parte, para formular a Súmula 650, deita luzes aclaradoras sobre a matéria. Por

⁶ “Na linha de conservação de um ‘Museu Primitivo e Vivo do Índio’ com dez por cento do território nacional, continua o constituinte a entender que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Não cuida do subsolo, pois este é de exploração da União quanto a seus recursos minerais, e sua exploração só pode ser autorizada ou concedida. O discurso, embora tautológico, cria indubitável privilégio em relação a todos os demais cento e sessenta e poucos milhões de brasileiros. O próprio argumento de que a terra lhes pertencia antes da descoberta e de que garantir-lhes agora a posse em torno de dez por cento do que tinham no passado não é senão reconhecer que foram expropriados em noventa por cento é pouco convincente. A população, hoje, é residual. Os índios civilizados agem nas suas próprias atividades, quase sempre longe das terras de seus antepassados. Aqueles índios que permanecem nas terras, principalmente na Floresta Amazônica, são os índios da civilização pré-histórica, proibidos de evoluir para se tornarem peças vivas de um mundo selvagem, para gáudio ecologistas e antropólogos. O constituinte faz menção à posse permanente, não podendo ter a propriedade atingida aqueles proprietários dessas terras antes da Constituição de 88. Por outro lado, o usufruto de todas as riquezas do solo é exclusivamente das populações de índios primitivos, devendo-se entender que as propriedades antes exploradas por brasileiros não pré-históricas, com títulos de propriedade ou posse, estão preservadas.” (Comentários à Constituição Brasileira, 8º vol. Ed. Saraiva, 1998, p. 1051/1053) Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis.”

isso, merece paciente e reflexiva transcrição:

“Sr.Presidente, gostaria de fazer uma observação em relação ao voto do eminente Relator, lembrando que tive oportunidade de me envolver enormemente nessa controvérsia sobre terra indígena quando Ministro da Justiça, e essa tese da propriedade indígena, das terras imemorais, começa numa conferência de João Mendes de Almeida sobre o indigenato. Ele cria, então, a figura do indigenato baseado no Alvará Régio de 1680, que se referia aos ocupantes primários e originários das terras. O problema é que as terras só passaram a ser de propriedade da União com a Constituição de 67. Antes, a Constituição de 34, que foi a primeira a constitucionalizar a questão indígena, meramente mandou respeitar a posse das áreas ocupadas pelos indígenas, mas não definiu a propriedade. Tanto isso é verdade que todas as legislações posteriores a 34, até mesmo legislações posteriores a 1891, a um decreto do Presidente Washington Luís, estabelecem a necessidade do Serviço de Proteção aos Índios, que veio a ser substituído depois pela FUNAI, de negociar com os Estados.

Há até um extraordinário parecer do Professor Néri da Silveira, quando Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul, sobre uma questão que surgiu naquele Estado envolvendo o Governador Walter Jobim, em 1946, sobre o Toldo Nonoai, em que S. Exa examina longamente o problema.

Somente em 1967, o regime militar estabeleceu que as terras ocupadas pelos índios eram de propriedade da União. Até então, a regulamentação das terras ocupadas pelos índios era obra dos Estados, e isso era atribuição do Ministério da Agricultura, que negociava com os Estados a forma de legitimar a posse.

Em 1988, começou a aparecer esta expressão, rejeitada amplamente na Assembleia Constituinte e repetida pelo ministro Moreira Alves, a chamada “posse imemorial”. Esse conceito nada tinha a ver com o jurídico, mas com o antropológico, e os grupos indigenistas pretendiam com isso retomar o conceito de posse imemorial para recuperar o indigenato de João Mendes, na famosa Conferência de 1912. Por isso, quando se definiu as terras indígenas, no texto do artigo 231 da Constituição Federal, houve uma longa discussão - e aqui quero contar com a memória do eminente ministro Maurício Corrêa -, num trabalho imenso do senador Severo Gomes, que esclarece perfeitamente a questão da definição das terras indígenas.

A terra indígena no Brasil, por força da definição do parágrafo 1º do artigo 231, se compõe de quatro elementos distintos. O primeiro deles: ‘Art. 231

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, ...”

Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra ‘tradicionalmente’ não é a posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional. Agora, a terra indígena não é só a área possuída de forma tradicional pelos índios.

Há um segundo elemento relevante:

‘... as utilizadas para suas atividades produtivas, ...’

Aqui, além do elemento objetivo de estar a aldeia localizada em determinado ponto, há necessidade de verificar-se a forma pela qual essa comunidade indígena sobrevive.

O terceiro elemento que compõe esse conceito de terra indígena:

‘... as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar ...’

E, por último:

‘... e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.’

A partir da composição desses quatro elementos surgem, então, os dados objetivos e históricos para a demarcação da terra indígena.

Historicamente, no início do descobrimento - é evidente que todo o território nacional estava sob a posse indígena -, por força do direito de conquista, esse patrimônio todo passou às mãos da Coroa Portuguesa e depois evoluiu, chegando-se ao ponto, até mesmo, na Lei de Terras de 1850, Lei 610 - que V. Exa. conhece -, de estabelecer como terras devolutas, que pertenciam à Coroa. Com a Constituição de 1891, as terras devolutas todas passaram para os Estados, e as terras ocupadas pelos índios eram tratadas como tal. Depois foram desocupadas, algumas foram usucapidas, enfim, no processo de ocupação do território nacional, que foi mais agravado na década de 40, pela política estabelecida pelo Presidente Getúlio Vargas da ocupação do oeste brasileiro.

Então, Sr. Presidente, creio importantes os fundamentos do voto do ministro Marco Aurélio para repor, no seu devido lugar, a questão dessas

terras indígenas e acabar com essa pretensão.

Destarte, a definição dos direitos assegurados aos índios pelo contido no art. 231 da CF, ganha força quando encontramos a determinação de ser vedado que eles sejam removidos das terras que ocupam.

Aliás, os pressupostos “habitam” e “ocupam” trazidos na Lei nº 5.371/67 e no Decreto nº 4.545/2003 não só caracterizam a “posse atual”, como corroboram com a definição de terra indígena trazida no art. 231 da CF e pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como vimos anteriormente.

Concluindo este raciocínio, temos uma situação incontroversa, ou seja: as terras indígenas, consideradas bens da União, são públicas e devem estar sendo ocupadas e habitadas por índios ao longo do tempo e até o presente, restando, em alguns casos, serem demarcadas.

O que tem ocorrido é que as interpretações, muitas vezes equivocadas, em torno do art. 231 do CF, têm gerado enormes conflitos acerca de áreas que já não se encontram na posse dos índios.

O bom senso, como sempre, deverá prevalecer, na aplicação do citado dispositivo legal, valendo mais uma vez, as lições do renomado IVES GANDRA MARTINS.⁷

Vale aqui anotar, por ser de muita propriedade, o voto lançado pelo então Ministro Cordeiro Guerra, nos autos do Mandado de Segurança n.º 20.235, de 04 de junho de 1980, embora sob a vigência da Constituição anterior, já que o art. 198 daquela Carta já gerava polêmicas:

O SR. MINISTRO CORDEIRO GUERRA: - Srs., Presidente, estou de acordo com o eminente Relator, mas desejo explicitar a minha apreensão, em face do art. 198, §§ 1.º e 2.º, da Constituição Federal. Creio que esses artigos ainda nos darão muito trabalho, porque, a serem interpretados na sua literalidade, teriam estabelecido o confisco da propriedade privada neste País, nas zonas rurais, bastando que a autoridade administrativa dissesse que as terras foram, algum dia, ocupadas por silvícolas.

Ora, nós somos um país de imigração, um país continental, em que o homem civilizado abre caminho para a criação do seu império. Isto se fez sempre, através da História, à custa do aborígene, não só no Brasil,

⁷ In Comentários à Constituição do Brasil, 8º vol. Saraiva, 1998, p. 1063/1064

como na América do Norte, na Austrália, na África, na Sibéria, em qualquer parte do mundo.

O que está dito no artigo 198, é mais ou menos o que está dito no artigo 1º do primeiro decreto bolchevique: ‘fica abolida a propriedade privada. Revogam-se as disposições em contrário’.

Isto entra em choque, evidentemente, com o artigo 153, parágrafo 22, da Constituição Federal, que assegura a propriedade privada. O Código Civil assegura a posse. De modo que toda essa legislação terá de ser interpretada com muito cuidado. Diz-se no parágrafo 1º do artigo 198:

‘Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.’

No meu entender, isso só pode se aplicado nos casos em que as terras sejam efetivamente habitadas pelos silvícolas, pois, de outro modo, nós poderíamos até confiscar todas as terras de Copacabana, ou Jacarepaguá, porque foram ocupadas pelos tamoios. Diz ainda o caput do artigo 198:

‘As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.’

Pressupõe efetivamente a ocupação das terras pelos silvícolas. De modo que, na espécie – há evidentemente, vários problemas bem ressaltados pelo eminente relator – entendo que o possuidor legitimado por títulos recebidos do Estado, em priscas eras, não pode ser espoliado do fruto de seu trabalho sem indenização.

Quando a civilização invade o território indígena e se estabelece pela forma, nesses casos, se há de aplicar os parágrafos 1º e 2º do artigo 198, mas não no caso do colonizador, de desbravador do país. Deixo, assim, isto bem claro, como avant premiére do meu pensamento, porque não me deixo levar por um sentimentalismo mal orientado, que pode conduzir a atrofia do País ou à inquietação rural, com resultados imprevisíveis.

Ainda, à luz da vigente Carta Magna, só integram o patrimônio da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios ou que, para eles, estejam demarcadas (CF, art. 20, XI; artigo 231, parágrafos 1º e 4º). Neste passo, também deve ser considerado, por oportuno, o contido no art. 67, dos ATOS DAS

DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – ADCT: “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”.

Desta feita, e para não perder o foco da matéria abordada, vale anotar duas situações: a primeira, é que as terras indígenas são definidas na Constituição e no Estatuto do Índio como bens da União, ocupados ou habitados pelos índios; a segunda, é que a ausência do domínio da União e a ausência da ocupação ou habitação indígena desclassificam as terras como indígenas.

Exemplificando, se numa determinada área, ainda que existam indícios de uma habitação indígena temporária, em passado longínquo, levando a titulação desta área por particulares, evidente a ausência da proteção constitucional, ante a necessidade da presença dos pressupostos básicos inseridos no art. 231, CF.⁸ Comentários do Prof. Hilário Rosa, Antropólogo, Mestre em Ciência Humanas e Sociais: “Portanto, segundo o que estabelece a Constituição Federal, na leitura que lhe faz a doutrina e o Supremo Tribunal Federal, a qualificação de terras como indígenas, pressupõe, terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e por eles habitadas em caráter permanente, contemporaneamente à promulgação da vigente Constituição Federal.

Reafirmando o pensamento de Carlos Maximiliano, o jurista Carlos Medeiros Silva ressalva que

‘dar efeito retroativo à proteção possessória, em favor dos silvícolas, não teria sentido prático, nem razoável, porque isto importaria, sem limite no tempo, na devolução de todo o território nacional aos seus primitivos habitantes.

’ (Parecer, em RDA 122/384-385).

Desse modo, silvícolas que tenham habitado, mas que deixaram de habitar, bem como silvícolas que passem a habitar durante certo tempo uma área, estão fora da proteção constitucional, que se estende apenas aos naturais, em caráter permanente: que tenham habitado e que continuem a habitar de maneira ininterrupta uma região.“

⁸ Conforme entendimento extraído da obra “Direitos Fundamentais e Cidadania” – Zulmar Fachin, 2008, pág. 253: “Diante desse novo contexto, percebe-se que não há mais espaço para os juristas ‘senhores de si’; há sim, um incômodo geral, principalmente no sentido de que é preciso construir um novo diálogo com outras disciplinas, pois, na realidade, temos uma série de eventos, regulamentos, políticas, costumes, crenças, sentimentos, símbolos, procedimentos e conceitos agrupados. Isso demanda o emprego de uma retórica na construção de uma argumentação coerente embasada na transdisciplinariedade sinalizando para a prática de ações que levem ao encontro de soluções adequadas a essa realidade que se impõe. Na lição de Perelman (2005, p. 248), trata-se de aplicar uma regra de justiça formal ‘segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados no mesmo modo’.”

IV - DIREITO DE PROPRIEDADE DIANTE DA PROTEÇÃO ASSEGURADA AOS ÍNDIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

De tudo que se expôs até agora, vemos que a Constituição Federal/88 faz menção à posse permanente dos índios, o que não poderia gerar margens a dúvidas. Assim, os proprietários de terras, com títulos legitimados antes da Carta Magna/88, não poderiam ter suas propriedades atingidas.

No entanto, o que se tem visto são inúmeras ações intentadas na Justiça, seja no sentido de se buscar a garantia dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal nos procedimentos administrativos instaurados pela FUNAI⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 28ª ed., 2003, pág. 658: “PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

– O processo administrativo, nos Estados de Direito, está sujeito a cinco princípios de observância constante, a saber: o da legalidade objetiva, o da oficialidade, o do informalismo, o da verdade material e o da GARANTIA DE DEFESA.

GARANTIA DE DEFESA

– O princípio da garantia de defesa, entre nós, está assegurado no inciso LV, do art. 5º da atual Constituição, juntamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do devido processo legal (Const. Rep., art. 5º, LIV), que tem origem no “due process of law” do direito anglo-norte-americano.

, seja até para proteger a posse de particulares ante o esbulho praticado por silvícolas. As ações intentadas são plenamente justificáveis, pois se alguém julga ser titular de direitos, efetiva ou potencialmente lesados por procedimentos de identificação de delimitação e demarcação de terras supostamente indígenas, só pode socorrer ao Judiciário para que haja a devida apreciação desses direitos.

Há quem defenda que as decisões judiciais proferidas no sentido de analisar os direitos indígenas em consonância com o disposto acerca do direito de propriedade, são de caráter conservador e não se amoldam às novas diretrizes traçadas pela atual Constituição, em especial, ao previsto no § 6º do art. 231: “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes,

⁹ Conforme já comentamos anteriormente, trazendo entendimento de Ives Gandra Martins: “O constituinte faz menção à posse permanente, não podendo ter a propriedade atingida aqueles proprietários dessas terras antes da Constituição de 88. Por outro lado, o usufruto de todas as riquezas do solo é exclusivamente das populações de índios primitivos, devendo-se entender que as propriedades antes exploradas por brasileiros não pré-históricos, com títulos de propriedade ou posse, estão preservadas.” (Comentários à Constituição Brasileira, 8º vol. Ed. Saraiva, 1998, p. 1051/1053)”

ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.”

Não se trata, porém, de ser conservador ou sentimentalista. Aliás, talvez seja por isso que Ives Gandra Martins tenha feito duras críticas ao contido no citado § 6º do art. 231:

Não há direito adquirido contra a Constituição, O artigo mencionado é de confisco doentio. Tudo o que o direito regula até 5 de outubro de 1988, garantindo relações obrigacionais e as restrições jurídicas utilizadas, cai por terra, com o confisco do governo de toda a propriedade, posse e direitos antes detidos por terceiros não índios. Não cuida o dispositivo da propriedade.

*O Constituinte declara que são nulos, com conseqüente exteriorização, todos os atos jurídicos vinculados à ocupação, domínio ou posse das terras a que se refere este artigo. À evidência, os atos a que se refere era atos jurídicos e acabados, de outra forma não precisaria o constituinte se referir a eles, pois sua nulidade seria imediata.*¹⁰

É importante ressaltar que não defendemos, aqui, qualquer posição extremista. No entanto, urge a defesa de práticas de ações no sentido de se encontrar soluções adequadas¹¹ e, no que for possível, pacíficas, atentando-se para os direitos dos índios expressos na CF, mas, por outro lado, também resguardando-se o direito de propriedade conquistado legitimamente, sob pena de privilegiar-se em demasia o direito de uns em detrimento de outros¹², levando-se em conta a necessidade de se buscar o equilíbrio entre *justiça e segurança jurídica*, como sendo um dos valores essenciais do direito¹³.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, já assentou que: “Se por um lado a Constituição Federal confere proteção às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 231), por outro, também confere proteção ao direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII)”¹⁴.

Por esse raciocínio, há que se ter em mente que o direito de propriedade,

¹⁰ CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no Processo Civil*, Juruá Editora, 2002, p. 113

¹¹ Medida Cautelar nº 6.480 BA – Rel. Min. José Delgado.

¹² In Comentários à Constituição do Brasil, Editora Atlas, São Paulo, 2003, p. 265: “Toda pessoa, física ou jurídica, tem direito à propriedade, podendo o ordenamento jurídico estabelecer suas modalidades de aquisição, perda, uso e limites. O direito de propriedade, constitucionalmente consagrado, garante que dela ninguém poderá ser privado arbitrariamente, pois somente a necessidade ou utilidade pública ou o interesse social permitirão a desapropriação.”

¹³ In “Instituições de Direito Civil”, v.4., p.116.

¹⁴ In “Sistema de Registro de Imóveis” – Ed, Saraiva, 1992, pág. 40

também como garantia constitucional, deve servir de amparo para que ninguém seja privado arbitrariamente da posse de seus bens, conforme bem observado por Alexandre de Moraes.¹⁵

Caio Mario da Silva Pereira, assevera o seguinte: “(...) *aquele que figura no registro como titular do direito assim deve ser tratado, enquanto não se cancelar ou anular, uma vez que o registro é ato casual e exprime sua força na dependência do negócio jurídico subjacente*”.¹⁶

Maria Helena Diniz, por seu turno, nos subsidia dizendo que: “*O registro colabora na defesa dos interesses daquele em cujo nome o direito real está assentado, revertendo o ônus da prova.*”¹⁷

V - CONCLUSÃO:

Para concluir, comungamos do entendimento no sentido de que o art. 231 da CF/88 não foi criado para gerar conflitos em torno de terras, entre índios e não índios, mas para garantir às comunidades indígenas o direito às terras que tradicionalmente ocupam em caráter permanente. Por certo, o § 6º da referida norma também não foi criado para dar margem à expulsão de agricultores e proprietários de terras legitimamente adquiridas de acordo com as normas vigentes à época das respectivas aquisições, ou mesmo para simplesmente entregar aos índios terras por eles não habitadas até a entrada em vigor da CF/88. Os avanços constitucionais são bem-vindos, mas para garantir situações fáticas já existentes e não para albergar ou criar situações novas, em detrimento de outros direitos já tutelados.

Referências bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 8º vol., Editora Saraiva, São Paulo, 1998.

BRANCO, Tales Castelo. ROSA, Hilário. Artigo publicado no site: conjur.com.br: “*A Constituição de 1988 não permite invasão de terras por índios*”, em 21.08.2008.

CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no Processo Civil*. Juruá Editora, Curitiba, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. Editora Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 1996.

FACHIN, Zulmar. *Direitos Fundamentais e Cidadania*. Editora Método, São Paulo, 2008.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*, AB Editora, Goiânia, 1996.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos Reais Agrários & Função Social*. Juruá Editora, Curitiba, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 28 ed., 2003

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2005.

NERY, Nelson Junior e NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código Civil Comentado*, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, São Paulo, 2005.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.

ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões Sobre o Direito de Propriedade*, Elsevier Editora, 2008.