

**CONSULTORIA
LEGISLATIVA**

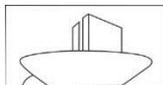
TESE DO INDIGENATO JUSTIFICA A EXTINÇÃO DE PROPRIEDADES?

Luiz Almeida Miranda

Consultor Legislativo da Área VI
Direito Agrário e Política Fundiária

ESTUDO TÉCNICO

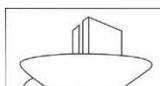
ABRIL/2017



© 2017 Câmara dos Deputados.

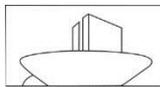
Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados(as) o(a) autor(a). São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito da Câmara dos Deputados.

Este trabalho é de inteira responsabilidade de seu(sua) autor(a), não representando necessariamente a opinião da Consultoria Legislativa, caracterizando-se, nos termos do art. 13, parágrafo único da Resolução nº 48, de 1993, como produção de cunho pessoal de consultor (a).



SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	4
2. POSSE E PROPRIEDADE.....	6
2.1. Sesmarias.....	6
2.2. Posses.....	7
2.3. Registro público da propriedade	10
3. POSSE INDÍGENA.....	11
4. INOVAÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	19
5. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....	24
5.1. Segurança jurídica.....	24
5.2. Garantia constitucional da posse e usufruto indígena	25
5.3. Garantia do devido processo legal	26
5.4. Garantia do direito de propriedade	28
6. HARMONIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	31
7. CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS.....	36



1. INTRODUÇÃO

Tem-se verificado que, nos processos administrativos de demarcação das terras indígenas, propriedades rurais são inseridas no perímetro indígena e extintas por ato administrativo, partindo-se do pressuposto de que os índios têm o direito originário sobre as terras, tendo como fundamento o princípio jurídico do *indigenato*.

Há de se registrar, também, que, nos últimos anos, as demandas do órgão indigenista federal em favor das comunidades indígenas têm gerado a proliferação de conflitos fundiários em todo o território nacional. O foco dos conflitos fundiários teria como causa a ausência da segurança jurídica nos processos de demarcação das terras indígenas? As leis vigentes desde o período colonial teriam dado margem para a instalação da confusão fundiária no País? E a legislação vigente? Atende à solução dos conflitos fundiários? Garante a segurança jurídica, a harmonia e a paz social?

O questionamento que se faz é: a inserção de propriedades rurais, legitimamente constituídas, no perímetro indígena estaria prevista na Constituição? Há fundamento legal para a extinção de propriedade rural sem o devido processo judicial? A tese do *indigenato* como direito congênito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam poderia ser arguida em favor da inserção no perímetro indígena de propriedades particulares? Em que hipóteses a propriedade rural localizada dentro de uma terra indígena pode ser extinta?

Para responder a esses questionamentos, faz-se uma breve dissertação sobre os conceitos de propriedade e de posse, e o conjunto de atos normativos que, no decorrer dos anos, deram tratamento jurídico às ocupações do território nacional. Discorre-se, também, sobre a posse indígena, dando ênfase à tese do *indigenato* defendida, em 1902, pelo ilustre jurisconsulto, João Mendes Júnior, analisando as manifestações dos ministros do Supremo Tribunal Federal – STF, quando do julgamento do conflito fundiário na terra indígena Raposa Serra do Sol, e considerando as ulteriores inovações constitucionais, que culminaram com a afetação da terra indígena como bem da União.

Este estudo tem por finalidade a análise das normas que tratam da política indigenista, desde o período colonial. Procurou-se analisar os regimentos, alvarás, as provisões, leis e Constituições, editadas ou promulgadas desde o período colonial até os dias atuais. Os atos normativos, embora editados em épocas diferentes, guardam correlação entre si. E, para a compreensão do sentido de cada um, é necessário fazer uma correlação entre eles e analisá-los no contexto histórico em que foram editados.

As políticas adotadas no período colonial, fundamentadas em Cartas Régias, Alvarás e Regimentos, não se limitaram ao combate à escravização e aos maus tratos a que se submetiam os indígenas. Elas deram fundamento, também, à discussão sobre a legitimidade do direito dos índios de permanecerem nas terras que ocupavam.

Em 1934, pela primeira vez, a questão indígena é tratada pela Constituição, que consagra a política de integração dos *silvícolas* e atribui à União a competência para promover a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, declarando que “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados”.

Os constituintes de 1988, sensíveis aos novos anseios das comunidades indígenas e de setores da sociedade nacional, inauguraram uma nova política indigenista, reconhecendo os direitos dos índios de terem sua própria identidade, seus costumes e suas tradições.

O propósito do estudo é discorrer sobre as origens do direito de posse das terras ocupadas pelos índios e a garantia constitucional do usufruto dessas terras. Analisa-se a correlação entre as normas constitucionais que são harmônicas entre si, de tal forma que uma não se sobrepõe à outra, mas tem o mesmo peso normativo. Paralelamente, faz-se uma análise das garantias individuais, dando ênfase ao direito de propriedade. Partindo da análise do ordenamento jurídico vigente, adiciona-se ao tema a questão da segurança jurídica, que deve ser garantida ao indígena, no tocante ao seu direito de usufruto, e ao não índio, no que diz respeito ao direito de propriedade.

2. POSSE E PROPRIEDADE

2.1. Sesmarias

Tão logo os portugueses aqui chegaram, a Coroa portuguesa percebeu a necessidade de estabelecer uma política de povoamento das terras conquistadas, vista como primeiro passo para a consolidação da conquista. Para o desenvolvimento da nova colônia, era imprescindível ordenar a ocupação do território recém-conquistado. Naquele momento histórico, as terras eram consideradas propriedades da Coroa portuguesa.

A ocupação tinha uma função específica, que era garantir a presença de Portugal nas terras conquistadas. E pelo princípio jurídico proveniente do direito romano *uti possidetis iuris*, qual seja, o direito adquirido pela posse, Portugal conseguiu legitimar as conquistas dos extensos territórios não apenas da Amazônia, mas também de todas as terras localizadas a oeste da linha fixada pelo Tratado de Tordesilhas, celebrado entre os reinos da Espanha e de Portugal.

A Metrópole implantou, com algumas adaptações, a concessão de terras pelo instituto de sesmaria, regime jurídico adotado em Portugal, em 1375, que tinha como objetivo delegar aos particulares a produção de alimentos.

Em 20 de novembro de 1530, Martim Afonso de Souza recebia a primeira carta patente, que o autorizava a conceder sesmarias nas terras brasileiras. No entanto, o sistema de sesmaria foi extinto pela Resolução de 17 de julho de 1822.

O processo de transferência de terras por meio do sistema de sesmaria tornou-se, no decorrer dos anos, confuso e excessivamente complexo. O sistema sesmarial não foi bem-sucedido, pois, a despeito de seus objetivos iniciais, voltados para a ocupação e produção, as exigências burocráticas constituíam-se em grandes obstáculos para o acesso à terra pelos meios legais então vigentes.

Durante a vigência do regime de sesmarias, muitos concessionários não cumpriram as exigências que lhes eram impostas pelo sistema, levando à falência o projeto de um organizado povoamento das terras. Além do mais, um contingente de agricultores e camponeses que não foram

agraciados pelas concessões de sesmarias procuravam áreas remotas para cultivar ou ocupavam áreas abandonadas pelos donatários.

Diante de tantos obstáculos, os agricultores não obtinham as concessões pelos meios legais e, por essa razão, ocupavam as áreas de forma irregular, possuindo-as de fato - e não de direito, já que não conseguiam transpor as barreiras impostas pela burocracia oficial.

Falido o sistema de sesmaria, a concessão de áreas para a agricultura cedeu espaço para a ocupação de fato, dando origem às posses dos agricultores, que não tinham amparo legal.

Desde então, a posse tornou-se uma prática corrente na Colônia, havendo quem a defendia como um direito de propriedade consagrado pelos costumes e tradições reconhecidos à época.

Vigoravam, desde então, dois processos de ocupação territorial: a sesmaria, cuja legalidade estava apoiada no sistema jurídico vigente, e a posse, que, como fato consumado, passou a ser legitimada pela aceitação consuetudinária.

2.2. Posses

A Lei nº 601, promulgada em 1850, tinha como objetivo reorganizar a ocupação do território. Revalidou as sesmarias e ratificou o regime de posses. Ela veio para corrigir erros do passado e tornou passível de visualização a distinção entre os bens públicos e os privados.

No art. 1º, a lei retrata o interesse do País em promover a ocupação da faixa de fronteiras, ao dispor que “as terras (devolutas) situadas nos limites do Império com países estrangeiros em uma zona de 10 léguas (...) poderão ser concedidas gratuitamente”. Tratou a lei, também, da imigração de colonos estrangeiros e da formação de colônias “nos lugares em que estas mais convierem” (art. 18).

É na Lei nº 601, de 1850, que se define o conceito de terras devolutas. O art. 3º estabelece que terras devolutas são:

§ 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal;

§ 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do

Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura;

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei;

§ 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei.

E, para a regularização das terras ocupadas desordenadamente, a Lei de 1850 adota regularização fundiária por meio da legitimação da posse. Tinha como escopo a constituição de propriedade pela posse com cultura efetiva. Estabeleceu, também, as condições para a concessão de terras pelo Estado.

De fato, a Lei nº 601 (Lei de Terras), regulamentada pelo Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, abordou todos os aspectos relativos às terras devolutas, sesmarias, posses e à colonização e teve um papel importante ao dotar o País de um regime de terras, que se tornou o marco regulatório da política fundiária brasileira.

As medidas que repercutem até os dias de hoje dizem respeito à distinção entre as terras de domínio do Estado e as do particular, ao conceito de terras devolutas e à legitimação das posses mansas e pacíficas com efetiva cultura da área rural.

A ocupação espontânea prosperou porque a estrutura burocrática não foi eficiente para dar prosseguimento ao processo de legitimação ou concessão. No entanto, seus efeitos não foram duradouros e logo se percebeu a necessidade de formular novo código de terras. Leis esparsas criam novas normas com o objetivo de suprir lacunas.

Somente em 1964 é que se promulgou o Estatuto da Terra, Lei nº 4.504, com forte conotação social e sob a influência da onda reformista agrária. Concebida sob fundamentos econômicos, mas tendo como pano de fundo a distribuição de terras a agricultores sem-terra, a reforma agrária poderia aumentar a produção de alimentos e transformar milhares de agricultores em proprietários.

No que tange ao ordenamento jurídico da posse, o Estatuto da Terra, Lei nº 4.504, de 1964, estabeleceu, também, as diretrizes para o

processo de legitimação das posses, como pode-se ver na transcrição do art. 99:

Art. 99. A transferência do domínio ao posseiro de terras devolutas federais efetivar-se-á no competente processo administrativo de legitimação de posse, cujos atos e termos obedecerão às normas do Regulamento da presente Lei.

E, recentemente, a Lei nº 11.952, de 2009, complementa a política de regularização das posses e dispõe especificamente sobre as ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal. No art. 6º, § 1º, a lei estabelece o seguinte:

Art. 6º, § 1º. Serão regularizadas as ocupações de áreas de até 15 (quinze) módulos fiscais e não superiores a 1.500ha (mil e quinhentos hectares), respeitada a fração mínima de parcelamento.

Ruy Cirne Lima (1991), em sua obra “Pequena História Territorial do Brasil – Sesmarias e Terras Devolutas”, aponta, como marco jurídico do reconhecimento da posse, a Provisão de 14 de março de 1822, que balizava tal premissa, nos seguintes termos:

Hei por bem ordenar-vos procedais nas respectivas medições e demarcações, sem prejudicar quaisquer possuidores, que tenham efetivas culturas no terreno, porquanto devem eles ser conservados nas suas posses, bastando para título as reais ordens, porque as mesmas posses prevalecerão às sesmarias posteriormente concedidas. (p.52).

Segundo Silvio Rodrigues (1972), em sua obra *Direito Civil – Direito das Coisas*, “pode-se definir a posse como o exercício, de fato, de alguns dos poderes peculiares à propriedade” (p.23). É possuidor aquele que tem, de fato, o exercício de algum dos poderes inerentes ao domínio. Enquanto a propriedade se manifesta pelo direito adquirido sobre o bem, a posse é a relação material entre o proprietário e o bem.

Na ordem jurídica vigente no País, a posse gera direitos em favor do possuidor. A posse é reconhecida, inclusive, como uma forma de aquisição da propriedade. Veja-se, por exemplo, que a aquisição de uma propriedade por usucapião, como prevê o novo Código Civil, no art. 1238 e nos seguintes, constitui-se em um direito derivado da posse. No mesmo sentido, a

Constituição Federal reconhece o direito de propriedade pela posse. O art. 191 dispõe que:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Por fim, ressalta-se que os artigos 1200 e 1201 do Código Civil estabelecem os princípios e as condições da posse, nos seguintes termos:

Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

2.3. Registro público da propriedade

Em decorrência do art. 13 da Lei nº 601, de 1850, estabeleceu-se o controle burocrático do Estado sobre as propriedades mediante a instituição do registro paroquial, em anotação em livro próprio, das declarações feitas pelos respectivos possuidores das terras.

No final do século XIX, em 1890, foi instituído, como meio de regularização de terras, o que ficou conhecido como Registro Torrens. Por meio desse sistema de registro, a parte interessada teria que preencher todos os requisitos previstos na lei e cumprir as formalidades processuais junto ao Cartório, que, ao fim do processo, emitiria o título definitivo de propriedade, contra o qual não caberia prova em contrário.

A Lei nº 6.015/1973 regula, atualmente, os registros públicos. Sob a égide do novo sistema de registro, implantou-se moderna tecnologia de georreferenciamento na descrição dos pontos geodésicos dos limites da propriedade.

Segundo o ordenamento vigente, os efeitos jurídicos do registro público são constitutivos, comprobatórios e publicitários. São constitutivos, porque do registro advém o nascimento do direito; comprobatórios, porque do registro deriva a veracidade do ato descrito; e publicitários, visto que o registro se torna acessível ao conhecimento dos interessados.

3. POSSE INDÍGENA

A posse indígena é, também, contemplada pela legislação brasileira, desde o período colonial.

No processo de demarcação das terras indígenas tem prevalecido o entendimento de que os direitos originários dos indígenas se sobrepõem aos demais direitos, e porque, segundo José Afonso da Silva (*in: Curso de Direito Constitucional Positivo*), “os direitos dos índios sobre suas terras assentam em outra fonte: o indigenato”. (p. 860).

As raízes e os fundamentos que deram origem ao chamado *indigenato* são expressos por José Afonso da Silva (2011), nos seguintes termos:

O reconhecimento do direito dos índios ou comunidades indígenas à posse permanente das terras **por eles ocupadas**, nos termos do art. 231, § 2º, independe de sua demarcação, e cabe ser assegurado pelo órgão federal competente, atendendo à situação atual e ao consenso histórico. (p. 863, grifo nosso).

Na mesma dissertação, o autor recorre a João Mendes Júnior (1912), que, em sua obra *Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos*, assevera:

Desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, **essas terras por eles ocupadas**, se já não fossem deles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; em qualquer hipótese, suas terras lhes pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1º de abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita a legitimação e registro. (p. 860/861, grifo nosso).

João Mendes de Almeida Júnior era notável advogado e grande jurisconsulto. Foi professor e, em dezembro de 1916, foi nomeado ministro do STF.

A obra *Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos* (JÚNIOR, 1912) reproduz três conferências que o autor fez, em 1902, na antiga Sociedade de Etnografia e Civilização dos Índios.

Ele é o mentor da teoria do *indigenato*. Em sua Terceira Conferência, o autor inicia suas considerações sobre o direito de posse do indígena pela análise da Lei de 27 de outubro de 1831, que revoga as Cartas

Régias de 1808, abolindo a servidão dos índios e os considerando como órfãos. E, como órfãos, gozam da proteção do Ministério Público.

Faz menção, também, à Lei de 6 de junho de 1755, à qual se refere, nos seguintes termos:

Trazia a Lei muitas disposições acautelando o direito dos índios à liberdade, acautelando a fixação e garantia dos salários dos índios que trabalham; renovava o texto do Alvará de 1º de abril de 1680, em que, para conservar os Gentios, em aldeias, se determina o seguinte:

1º - Que os índios descidos do sertão sejam “senhores de suas fazendas, como o são no sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se fazer moléstia”;

2º - Que “aos que descerem do sertão sejam designados lugares convenientes, para neles lavrarem e cultivarem, sem que possam ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade”;

3º - Que esses índios “nem serão obrigados a pagar foro ou tributo das ditas terras, ainda que sejam de sesmarias, a pessoas particulares, porque na concessão de sesmarias se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda, ser reservado o prejuízo e direito dos índios, primários e naturais senhores delas”. (p. 34, grifo nosso).

Em seguida, faz menção ao Decreto de 10 de julho de 1792, que declara que as sesmarias de terras incultas eram dadas sem outro encargo além do dízimo e a outras normas relativas à concessão de sesmarias e à Resolução de Consulta, de 17 de julho de 1822, que suspendia concessão de sesmarias, e, a seguir, passa a analisar a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, que vem a regular as posses, as terras devolutas e as terras reservadas. Assim se manifesta o ilustre autor:

A Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, considerou devolutas, isto é, vagas à Nação:

1º., as terras que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal;

2º., as que se não acharem em domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura;

3º., as que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, foram revalidadas pela Lei;

4º., as que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas pela Lei.

Foram estabelecidas as regras para revalidação das sesmarias e concessões que se achassem com princípio de cultura e morada habitual do respectivo sesmeiro e concessionário, embora não tenha

sido cumprido qualquer das outras condições com que foram concedidas.

Quanto às posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, e que se acharem cultivadas ou com princípio de cultura, e morada habitual do respectivo posseiro, foram estabelecidas regras para a legitimação e registro. (p. 56).

Continua o autor:

Ora, os índios, principalmente os que moram em terras longínquas e até desconhecidas, não podiam, como é natural, praticar esses atos para o processo de legitimação e registro. Os sertanejos bons e prudentes não os hostilizavam; mas, os outros que descobriam as suas arranhações e terras, foram criando posses e formando registros, e, tanto quanto lhes foi preciso, foram invadindo e até expelindo à força os aldeados. Daí muitas lutas e carnificinas.

A Lei reservou das terras devolutas as necessárias, não só para fundação de povoações e abertura de estradas e mais fundações públicas como para a colonização dos indígenas.

Acrescenta:

Bem se compreende que o Legislador não julgou necessário subordinar os índios aldeados, mesmo nos distritos onde existem hordas selvagens, às formalidades da legitimação de sua posse; pois, o fim da lei era mesmo o de reservar terras para os índios que se aldeassem. Mas, nas demandas entre posseiros e indígenas aldeados, se tem pretendido exigir que estes exibam os registros de suas posses. Parece-nos, entretanto que outra é a solução jurídica: Desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por eles ocupadas, se já não fossem deles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; em qualquer hipótese, suas terras lhes pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1º de abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e registro. (p. 57, grifo nosso).

Somente após essas considerações, o autor faz menção ao *indigenato* e, recorrendo à filosofia e a estudos desenvolvidos na antiga Grécia, pondera: “já os filósofos gregos afirmavam que o *indigenato* é um título congênito, ao passo que a ocupação é um título adquirido”. (p. 58).

E continua:

Por conseguinte, o *indigenato* não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem. (p.58).

As sábias lições de João Mendes Júnior consolidaram o conceito do *indigenato*, como o direito originário dos índios sobre as terras que ocupam.

Desde então, consagrou-se o entendimento de que os índios têm direitos originários sobre as terras que ocupam.

No entanto, Rodrigo Sérgio Meirelles Marchini (2012), insigne pesquisador, faz importantes considerações sobre a legislação colonial em estudo realizado para fundamentar dissertação de mestrado.

Em seus comentários, o autor destaca a dualidade da legislação indígena colonial entre os índios aliados e inimigos para constatar que, em 1973, o Estatuto do Índio faz referência aos índios integrados e isolados. Tal dualidade é extinta pela Constituição de 1988, que não faz qualquer distinção, reconhecendo aos índios o direito de serem índios, de acordo com seus costumes e tradições.

Anota que:

(...) no império, apenas os índios que tiveram contato com os não índios e estão se integrando terão proteção estatal, ao passo que os índios isolados não terão, por exemplo, garantias sobre sua ocupação de terras.

Segundo o autor, a “Provisão de 1º de abril de 1680, voltada para o Estado de Maranhão, afirma que se deve respeitar as terras dos índios ‘primários e naturais senhores delas’”, mas essa passagem não deve ser entendida isoladamente, pois, como está no texto da Provisão, trata-se de um diploma “sobre a repartição dos índios”. (grifo nosso).

Continua o autor:

E, de fato, da mesma forma que na Carta Régia de 1566 e na Lei de 1609 o objetivo é a conversão do índio e suas terras serão protegidas na medida dessa conversão. Se havia proteção às terras indígenas era porque havia possibilidade de convertê-los ou já estavam em processo de o serem e um ataque não incentivaria o conhecimento do catolicismo. Como vimos para aqueles índios rebeldes ou aqueles que resistissem a conversão não havia proteção.

Depois de fazer uma abordagem sobre as reformas pombalinas, protagonizadas por Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal, e a influência do iluminismo no ordenamento jurídico

português, o autor faz breves comentários sobre o período colonial e pós independência, acrescentando que “*na primeira Constituição brasileira, não há artigos sobre o tratamento jurídico dos índios e de seus bens*”.

Ao se referir à Lei de Terras, de 1850, faz os seguintes comentários:

De fato, quando a Lei decide que não são devolutas as terras aplicadas a um fim público e que não são devolutas as terras de particulares e de posseiros ela é muito específica. Portanto ao não especificar que as terras indígenas não são devolutas mais uma vez indica que sua vontade é que elas estejam indiscriminadas das devolutas. Ou seja, a Lei de 1850 considera as terras indígenas como devolutas e o governo iria, de acordo com seu planejamento, instalar os índios, dispersos pelas terras devolutas, em colônias no local que decidir ser mais apropriado.

Além disso, se a Lei reconhecesse a propriedade ou posse do índio deveria ter destacado isso. Porque o índio é proprietário de uma maneira diferente à do não índio. A propriedade é reconhecida a quem tem uma carta de sesmaria, ou comprou uma parte de uma sesmaria, enfim, alguém que tem um registro ou documento. Já o índio para ter algum registro ou documento de sua propriedade precisava ter alguém que o representasse, tendo em vista sua capacidade jurídica igualada a de um órfão.

Por isso, para que a Lei reconhecesse a posse do índio igualmente se necessitaria de uma ressalva, para que não se confundisse com as terras devolutas. Nesse sentido destaca-se o artigo sexto da Lei o qual explica que não são todos os tipos de posse que excluem a terra de ser considerada devoluta, assim, as ocupações que derrubam matas com queimadas, que têm roçados simples, e que têm ranchos são devolutas, e são justamente esses caracteres que são encontrados em muitas ocupações indígenas.

Entretanto, Bruno da Silva Antunes de Cerqueira, na monografia *A demarcação territorial indígena e o problema do marco temporal*, observa que o *indigenato*, tese defendida pelo jurista João Mendes Júnior, viria a se transformar em norma constitucional a partir da Constituição de 1934, “em singelo, mas importante dispositivo”:

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

Acrescenta o autor:

Quanto à Constituição de 1934, acresça-se o dado, fulcral, de que se retirava definitivamente dos estados federados a competência para legislar sobre assuntos indígenas, reservando-se somente à União.

Observe-se, apenas por amor à pesquisa, e não mais do que isso, que, na sua obra, o insigne jurista atribui ao Alvará de 1º de abril de 1680 os fundamentos do *indigenato*. Nesse alvará, estaria inserida a afirmação de que os índios são “*primários e naturaes senhores*” (sic) das terras que ocupavam.

No entanto, na mesma data, qual seja, 1º de abril de 1680, foi editada, também, uma Provisão. Ademais, como se pode constatar em pesquisas nas publicações disponíveis, os alvarás régios, as provisões e as leis não tinham, obrigatoriamente, uma numeração sequencial, de tal forma que, para identificá-las, era necessário valer-se das datas em que eram publicadas.

De fato, segundo o organizador Rodrigo Sérgio Meirelles Marchini (2010), o Alvará de 1º de abril de 1680 “*muitas vezes é confundido com a Provisão de mesma data*”.

Veja-se o que diz a ementa do Alvará de 1º de abril de 1680, *in litteris*:

Alvará sobre se consignarem aos Religiosos da Companhia de Jezus do Estado do Maranhão em cada hum Anno dusetos e cincoenta Mil reis na renda do contrato das Baleas da Bahia e Rio de Janeiro para sustento de vinte Missionarios.

A Provisão de 1º de abril de 1680 tem como ementa o seguinte:

Provisão sobre a repartição dos Indios do Maranhão e se encarregar a conversão d'aquella gentildade aos Religiosos da Companhia de Jezus. (PROVISÃO, 2010).

A provisão defende medidas para a evangelização dos índios mais distantes e orienta as ações necessárias para não somente conservar os índios livres nas aldeias, mas para procurar aumentá-los para que sirvam ao Estado. Para isso, o documento régio resolve adotar a repartição dos índios no Estado do Maranhão, nas seguintes condições:

Que antes de tudo se reconduzam às Aldeias todos os índios livres”. Depois de reconduzidos, “se saberá pelo rol dos Párocos o número que há deles capazes de serviço em todas as aldeias e se dividirá em três partes”: Uma delas “ficará sempre nas aldeias”, a outra “se repartirá pelos moradores na forma que de presente tenho ordenado por resolução de 17 deste presente mês e Ano” e a última “se aplicará aos missionários para a condução dos novos índios que hão de procurar descer para as ditas ou novas Aldeias.

E para que os ditos Gentios que assim descerem e os mais que há de presente melhor se conservem nas Aldeias, hei por bem que sejam senhores de suas fazendas como o são no Sertão sem lhes poderem ser tomadas nem sobre eles se lhes fazer moléstia, e o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão lugares convenientes para neles lavrarem e cultivarem e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro ou tributo algum das ditas terras, ainda que estejam dadas em sesmaria a pessoas particulares porque na concessão destas se reservaria sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende e quero se entenda ser reservado o prejuízo e direito dos índios primários e naturais senhores delas.

Desde então, os especialistas, em sua maioria, adotam o Alvará de 1º de abril de 1680 como o documento editado pelo Príncipe Regente, futuro D. Pedro II (de Portugal), como o diploma que reconhece os direitos originários dos índios.

Não se pode olvidar, no entanto, que a conferência de João Mendes Júnior foi realizada em 1902, como consta do prefácio de sua obra. Nesse sentido, há de se considerar que as lições e os ensinamentos do autor, em que pesem a robustez e o vigor de seus argumentos, devem ser considerados no estudo dos direitos dos índios, sem se perderem de vista os fatos e as condições existentes quando proferidos pelo insigne jurista.

Ou seja, devem ser considerados os conflitos entre posseiros e índios que ocorriam no início do século XX, em virtude da vigência da Lei nº 601, de 1850, visto que somente ao posseiro era dado o direito de legitimar sua posse. Defendia o ilustre jurista que, de acordo com o princípio do *indigenato*, o direito do índio de permanecer na terra que ocupava tinha como fundamento o Alvará de 1º de abril de 1680 e prescindia de legitimação. Em outras palavras, o autor defendia o direito originário do índio, sem se descuidar de reconhecer que a Lei nº 601/1850 garantia aos não índios o direito de legitimar suas posses.

Diante dessas abalizadas considerações, pode-se concluir que o princípio jurídico do *indigenato* deve ser entendido levando-se em conta o contexto em que João Mendes Júnior o concebeu, em 1902, quando estava em vigor a Lei nº 605, de 1850. Naquela ocasião, criou-se um novo ambiente jurídico com o encerramento do sistema de sesmarias e a introdução de uma nova política para a terra que beneficiou o posseiro, dando-lhe o direito de legitimar a terra que ocupava. Daí, surgiram conflitos com os indígenas, cujas

terras eram consideradas devolutas e não eram passíveis de legitimação, instituto jurídico que beneficiava apenas os posseiros.

João Mendes Júnior defendia, em sua conferência, que o índio não necessitava de legitimação, visto que eram os “*primários e naturaes senhores*” das terras que estavam ocupando, por força do disposto no Alvará de 1º de abril de 1680. Em sua palestra, o jurista faz menção àquele momento vivenciado por ele, por posseiros e pelos índios. Ele estava tratando de uma situação atual, no presente, quando havia disputas entre posseiros e índios, de acordo com suas considerações:

Ora, os índios, principalmente os que moram em terras longínquas e até desconhecidas, não podiam, como é natural, praticar esses atos para o processo de legitimação e registro. Os sertanejos bons e prudentes não os hostilizavam; mas, os outros que descobriam as suas arranhações e terras, foram criando posses e formando registros, e, tanto quanto lhes foi preciso, foram invadindo e até expelindo à força os aldeados. Daí muitas lutas e carnificinas. (p.56).

Destarte, o *indigenato*, tal como defendido por João Mendes Júnior, constitui princípio de defesa da permanência do indígena na terra que ocupa, visto que ele, o indígena, é o primeiro ocupante. Ou seja, justifica-se a permanência do índio, não por concessão da Lei nº 605, de 1850, vigente à data da conferência do ilustre jurista - mesmo porque as classificava como terras devolutas, mas por ter o índio um direito anterior, originário. Trata-se de um argumento em favor da legitimidade da ocupação indígena, independentemente de reconhecimento ulterior.

Do início do século XX até os dias atuais, outras leis e normas, e as Constituições que se sucederam, continuaram a garantir aos índios o direito de posse e usufruto das terras por eles ocupadas.

No entanto, alguns autores, em especial os que militam em defesa dos direitos dos índios, passaram a interpretar a lição de João Mendes Júnior desconectando-a da realidade fática existente no início do século XX, ou, mais precisamente, em 1902, quando o autor proferiu suas conferências. Naquela oportunidade, como já comentado, registravam-se conflitos entre os posseiros que queriam legitimar suas posses e os indígenas que resistiam às investidas dos posseiros sobre as terras que ocupavam.

Assim, a expressão direito *imemorial*, segundo o próprio jurista João Mendes Júnior, significa dizer que a ocupação indígena constitui um direito adquirido em data *imemorial*, o que lhe dá o direito de permanecer no espaço territorial que esteja ocupando, não no sentido de que tal direito se estende a todas as terras que foram ocupadas no passado. Portanto, o termo *imemorial* não pode ser entendido como um direito sobre as terras que já foram indígenas no passado, visto que falta a elas a presença indígena.

De fato, desde a conferência de João Mendes Júnior até a atual Constituição, há o reconhecimento do direito do indígena sobre as terras que ocupam, considerada a ocupação presente.

No entanto, passados mais de cem anos, a teoria do *indigenato* continua gerando debates, tanto no âmbito acadêmico quanto no campo doutrinário e jurídico.

4. INOVAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A Constituição dispõe sobre a política indigenista estabelecendo normas de caráter geral, deixando para o legislador a missão de criar uma legislação infraconstitucional específica que seja capaz de melhor interpretá-las, estabelecendo os critérios e parâmetros que lhes possam dar a praticidade necessária à sua boa execução.

A grande inovação da Constituição de 1988 está expressa no reconhecimento aos índios da sua organização social, seus costumes, suas línguas, crenças e tradições. Desde então, a Constituição reconheceu que o índio tem valores próprios, tem cultura própria e se organiza socialmente de acordo com seus costumes e cultura, encerrando-se, portanto, definitivamente, o ciclo da integração forçada do índio à sociedade não indígena. O reconhecimento dos direitos indígenas, assim como a proteção dos seus valores culturais, passou a ser uma imposição da Constituição Federal. E, para que possam desenvolver suas atividades e preservar sua organização social, seus costumes e suas tradições, as comunidades indígenas contam com a garantia constitucional de usufruto das terras que ocupam.

A Constituição de 1988 não apenas reconhece aos índios o direito sobre as terras que ocupam como também dá à União a incumbência de

demarcá-las. A **demarcação das terras indígenas, importante inovação normativa da Constituição de 1988**, assume, assim, vital importância para a segurança jurídica das comunidades indígenas. Dessa forma, as terras ocupadas pelas comunidades indígenas, que constituem patrimônio da União, têm destinação específica, são inalienáveis e indisponíveis.

Ao atribuir à União a competência para demarcar as terras indígenas (art. 231, *caput*), a Constituição reconhece que as áreas rurais do País estão distribuídas entre públicas e privadas e que as terras indígenas devem ser especificadas e separadas das demais, uma vez que, por força do art. 20, são terras da União, ou seja, de domínio da União, e, como tais, devem ser registradas no Cartório de Registro de Imóveis e na Secretaria do Patrimônio da União.

A Constituição estabelece os parâmetros que devem ser considerados na definição de uma terra indígena. Segundo a Constituição Federal, art. 231, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são:

- a) as habitadas em caráter permanente;
- b) as utilizadas para suas atividades produtivas;
- c) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar;
- d) as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e suas tradições.

No art. 20, a Constituição enumera os bens públicos de domínio da União, entre os quais **destacam-se**:

- as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;
- os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;
- as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;
- as praias marítimas;
- as ilhas oceânicas e as costeiras;
- os terrenos de marinhas e seus acréscidos;
- os potenciais de energia hidráulica;
- as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. (grifo nosso).

A demarcação das terras indígenas, obrigação inserida na Constituição de 1988, que se processa pela discriminação da área ocupada pelos índios das demais áreas de domínio público ou privado, é realizada por processo administrativo, que se encerra com a homologação da demarcação por decreto presidencial e que se presta para o registro público da terra indígena na Secretaria do Patrimônio da União e no Cartório de Registro de Imóveis.

O Registro Público, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, tem por finalidade dar autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos.

É por meio do registro público que qualquer cidadão toma conhecimento das divisas de determinado imóvel, e, por consequência, é, também, por meio da consulta aos registros públicos que qualquer cidadão pode conhecer as delimitações das terras indígenas demarcadas e registradas em cartório. O que significa dizer que, somente após o registro em cartório, é possível distinguir, sob o ponto de vista do direito, uma terra indígena de outra não indígena e obter informações sobre seus limites.

Verifica-se, pois, que, enquanto não demarcada, a terra indígena não dispõe de limites reconhecidos. Só após o registro, a terra indígena é, por direito e por determinação constitucional, reconhecida como propriedade da União, em posse dos índios.

É pelo registro público que os limites da terra indígena são conhecidos e disponíveis para consulta pública.

Ressalve-se, no entanto, que a demarcação e o registro de uma terra indígena não são fatos determinantes para se excluir da segurança jurídica os direitos indígenas, que são originários. Portanto, a posse sabidamente indígena tem proteção constitucional e qualquer ocupação por não índios é nula, por força do que determina o art. 231, § 6º, que ainda será objeto de considerações.

Outra inovação da Constituição diz respeito ao marco temporal da posse indígena, que passou a ser a data da promulgação da Constituição, ou seja, 5 de outubro de 1988.

O ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto no julgamento da PET.3388-4/RR, assim se manifesta:

Aqui é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalha com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação da área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data da verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.

A interpretação do ilustre ministro demonstra, de forma contundente, que a Constituição de 1988 exauriu qualquer pretensão de se ampliar o perímetro indígena além da área efetivamente ocupada pelo índio, excluindo do processo de demarcação qualquer pretensão que tenha por objetivo a recuperação de áreas que, no passado remoto, tenham sido ocupadas por índios, mas que se consolidaram como áreas particulares ou públicas.

O julgamento da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (Pet. 3388-4/RR) resultou em interpretações do texto constitucional relativas aos direitos dos índios e na formação de novos conceitos.

O ministro do STF, Marco Aurélio de Melo, em voto proferido no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.575-5/MS, quando relator, ao discorrer sobre atos que tivessem por objeto o domínio, a posse e a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas, fez a seguinte ponderação:

No particular, é temerário falar em terras imemoráveis com o alcance que vem sendo atribuído à expressão, ou seja, de autorizar o desfazimento de uma gama de atos, desalojando-se tantos quantos confiaram na ordem jurídica em vigor e, portanto, na formalização das relações jurídicas de que participaram. Não, a tanto não leva a interpretação da atual Carta, nem da que lhe antecedeu. Em momento algum visou-se a corrigir as imensas injustiças praticadas contra aqueles que já habitavam o Brasil à época da descoberta, porquanto isto acabaria por ocorrer com o sacrifício de quem não vivenciou as práticas de outrora e de valores tão caros quando em jogo a segurança na vida em uma sociedade.

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 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.

(...)

Imagine-se o que poderá vir a acontecer com áreas em que hoje existem grandes cidades e que outrora foram ocupadas por índios.

Por sua vez, o ministro Menezes Direito, em voto-vista proferido no processo Pet. 3388-4/RR Raposa Serra do Sol, expressa seu entendimento sobre o conceito de terra indígena, considerando a vigente Constituição de 1988 e substituindo o termo *indigenato* por *fato indígena*. O ministro abandona a teoria do *indigenato* para dar lugar a um novo conceito. E o faz pelos seguintes fundamentos:

Não há índio sem-terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição.

(...)

Em primeiro lugar, as terras indígenas são as terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988.

(...)

A correta extensão da proteção iniciada pela Constituição de 1988 exige, pois, que a presença dos índios seja verificada na data de sua promulgação (cfr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Brasileira de 1988. v.4.. São Paulo: Saraiva, 1995. Págs. 117/118).

A ocupação é, portanto, um fato a ser verificado.

Em segundo lugar, as terras indígenas são terras ocupadas tradicionalmente pelos índios.

(...)

O conceito indica modo de ocupação, a maneira pela qual os índios se relacionam com a terra. É um novo ângulo em relação ao que previam as Constituições anteriores que, se de um lado justifica a extensão geográfica dos direitos a serem reconhecidos, de outro pode significar a exigência de que a ocupação pelos índios se dê em conformidade com a cultura e o *modus vivendi* que se deseja preservar. (grifo nosso).

A Constituição acabou adotando o termo que já vinha previsto no art. 11 da Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho - OIT e no art. 14 da Convenção nº 169, que a substituiu.

Esse modo de ocupação, por sua vez, foi definido na própria Constituição, no § 1º do art. 231.

(...)

Terras que os índios tradicionalmente ocupam são, desde logo, terras ocupadas há algum tempo pelos índios no momento da promulgação da Constituição. Cuida-se ao mesmo tempo de uma presença constante e de uma persistência nessas terras. Terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula 650 deste Supremo Tribunal Federal. Uma presença bem definida no espaço ao longo de certo tempo e uma persistência dessa presença, o que torna a habitação permanente outro fato a ser verificado.

(...)

Proponho, por isso, que se adote como critério constitucional não a teoria do **indigenato**, mas, sim, a do **fato indígena**. (grifo nosso).

A aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena.

Observe-se que a Súmula 650 do STF estabelece que:

Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

A Constituição de 1988 inovou e resolveu, portanto, as infundáveis reivindicações de novas áreas ou de áreas que não sejam efetivamente ocupadas pelos índios na data da sua promulgação.

5. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

5.1. Segurança jurídica

A segurança jurídica manifesta-se pela garantia da prevalência da ordem jurídica, ensejando ao cidadão a tranquilidade e a certeza de que o Estado fará respeitar os seus direitos. É o estado de direito.

Segundo os ensinamentos do insigne constitucionalista J.J. Gomes Canotilho (2003), a segurança jurídica está “conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito”. (p. 257).

Nesse sentido, entende-se que o indivíduo pode confiar que os seus atos, praticados de acordo com as normas legais vigentes, produzirão os efeitos jurídicos previstos no ordenamento jurídico, e que não haverá normas restritivas do direito juridicamente protegido, sendo garantida a inalterabilidade de ato julgado.

A segurança jurídica manifesta-se, também, na clareza das normas legais, e precisão da sua regulamentação, pois, segundo Canotilho

(2003) , “um ato legislativo (ou um ato normativo em geral) que não contém uma disciplina suficientemente concreta (=densa, determinada) não oferece uma medida jurídica capaz de: (1) alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma norma de atuação para a administração; (3) possibilitar, como norma de controlo, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos”. (p. 258).

A segurança jurídica deve ser protegida de atos normativos retroativos, visto que o estado de direito pressupõe a durabilidade da ordem jurídica.

5.2. Garantia constitucional da posse e usufruto indígena

A Constituição de 1988 estabelece, em vários dispositivos, medidas que geram a segurança jurídica dos direitos dos índios, a começar pelo *caput* do art. 231:

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.

A norma dá tranquilidade aos índios, no sentido de que a Constituição é clara e precisa, não deixando nenhuma dúvida ao intérprete. De acordo com o *caput* do art. 231, os índios têm o reconhecimento constitucional de que viverão segundo seus valores culturais, nas terras que tradicionalmente ocupam. Ainda recebem a garantia de que suas terras serão demarcadas, isto é, serão discriminadas das demais terras públicas ou particulares, para que não se possa alterá-las no futuro.

Outro dispositivo que merece realce é o parágrafo sexto do artigo 231, da Constituição:

§ 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...não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

A Constituição preserva aos índios o usufruto exclusivo de suas terras, sendo vedada a introdução de estranhos, seja transitória ou permanente, salvo se autorizada. E dispõe a Constituição que qualquer ato que

tenha *por objeto a ocupação, o domínio e a posse* de terra indígena não produzirá efeitos jurídicos, sendo nulo e extinto.

Recorre-se, mais uma vez, à lição do ministro Menezes Direito, no voto-vista proferido na Pet. 3388-4/RR, que, ao se debruçar sobre o alcance do § 6º do art. 231, assim se manifesta:

Assim, é a ciência que oferece os meios de identificação do âmbito da presença indígena ou, em outras palavras, do **fato indígena**.

É esse fato qualificado que o procedimento de identificação e demarcação deve ter por objeto. Tal procedimento deve se tornar uma atividade orientada pelos elementos que tipificam a presença indígena e definem seu âmbito. A identificação do **fato indígena**, que por um lado dispensa considerações sobre a presença imemorial, por outro exige comprovação e demonstração, ou seja, presença na data da promulgação da Constituição de 1988 dos índios nas terras em questão, uma presença constante e persistente.

(...)

Conclui-se que uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5/10/1988) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatado o **fato indígena** por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc.). O **fato indígena** a suplantará, como decidido pelos constituintes dos oitenta.

Cumpra ao poder público, detentor do poder de polícia, zelar pela preservação da integridade das terras indígenas, patrimônio da União e usufruto indígena. A ocupação de área indígena enseja providências do Poder Público, inclusive a extrusão dos não índios que se encontrem dentro dos limites da terra indígena.

Assim, entende-se que a ocupação, seja por posse ou domínio de área reconhecidamente ocupada por índios, guarda similitude com o esbulho possessório e, por isso, é passível de nulidade.

5.3. Garantia do devido processo legal

A interpretação do § 6º merece algumas considerações:

Em primeiro lugar, deve-se observar o texto constitucional, no sentido de que ele se refere ao ato que **objetive** a ocupação, o domínio e a posse de terra indígena. A Constituição poderia ater-se à ocupação, domínio e posse, apenas como um fato, mas não o fez. A norma constitucional ocupa-se do ato que tenha como **objetivo** a ocupação, o domínio e a posse. Como não

há letras mortas na Constituição, há de se considerar o texto tal como se acha escrito. Ou seja, a nulidade ou extinção da ocupação está condicionada à intenção do autor da ocupação de penetrar em posse sabidamente indígena. Há de se constatar que o autor da ocupação teve a **intenção** de praticar ato doloso.

Há, portanto, uma condição explícita no § 6º do art. 231, qual seja: a intenção de ocupar uma terra sabidamente indígena. Ao contrário, ausente a presença indígena, a área será de livre ocupação, por qualquer meio permitido em lei, seja a simples ocupação ou posse, mansa e pacífica, ou a aquisição por compra e venda.

Se assim não fosse, haveria insegurança jurídica e desconfiança do indivíduo contra um Estado opressor. Não estaríamos sob o regime do estado de direito.

A proteção da confiança do indivíduo na ordem jurídica se faz por meio da proibição de normas retroativas. Ao praticar um ato jurídico, o indivíduo acredita na sua eficácia e na previsibilidade de uma estabilidade que lhe garantirá segurança jurídica.

Ademais, o cidadão há de contar com a garantia de um procedimento administrativo juridicamente adequado, nos processos que tenham como objetivo a demarcação de terras indígenas, uma vez que as garantias da segurança jurídica, assim como a prevalência do estado de direito, se realizam, também, pelo princípio da proibição do excesso em todos os atos do Poder Público.

Como garantias de um procedimento administrativo justo, assevera Canotilho (2003, p. 275), mencionam-se, entre outras: “o direito de participação do particular nos procedimentos em que está interessado (art. 267º/4), o princípio da imparcialidade da administração (art. 266º/2), o princípio da audiência jurídica (art. 269º/3), o princípio da informação (art. 268º/1), o princípio da fundamentação dos atos administrativos lesivos de posições jurídicas subjetivas (art. 268º/2)”, e outros consagrados nas leis.

Em respeito à segurança jurídica, deve-se ter em conta que, independentemente das circunstâncias, estando a propriedade inserida - ou não - em uma posse indígena, a anulação ou extinção do direito de

propriedade far-se-á por via judiciária, garantido ao cidadão o direito ao contraditório e à ampla defesa. É o que determina a Constituição, ao garantir que a lesão ou a ameaça a direito será, sempre, submetida à apreciação do Poder Judiciário.

De fato, a decisão de um litígio na esfera do Poder Judiciário justifica-se como contrapeso em relação ao poder exercido pela Administração Pública. O cidadão tem direito de exigir uma proteção jurídica.

O emérito professor e jurista Paulo Bonavides (2004), ao discorrer sobre as garantias constitucionais de natureza processual, adverte que:

Enfim, não menos significativa, mas de alguma ancianidade já em nosso Direito Constitucional, que sempre a tem reiterado desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), esta quarta regra fundamental: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV). (p. 553).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, propugnada pela Organização das Nações Unidas – ONU, garante idênticos direitos à pessoa humana, nos seguintes termos:

Artigo X

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

5.4. Garantia do direito de propriedade

Os estudos antropológicos dão origem ao laudo antropológico, primeiro ato de reconhecimento de uma terra indígena. Atualmente, os laudos antropológicos são fundamentados em conceitos e avaliações primordialmente antropológicos, fatos históricos, depoimentos e reivindicações dos índios. Não raro, segundo críticos do processo de demarcação em prática, os estudos não se estribam no respeito à garantia do direito de propriedade expressa na Constituição.

No entanto, adverte o ministro Menezes Direito em seu voto-vista, na Pet. 3388-4/RR:

Todo fato está sujeito a observação. O que pode variar são os instrumentos e métodos a serem utilizados para essa finalidade. A mim parece que esses instrumentos e métodos podem ser definidos pela antropologia. No entanto essa ciência não pode se basear apenas em opiniões, conjeturas e, especialmente generalizações. Mas é de ser considerada também a participação de outros especialistas.

(...)

Note-se que a orientação política dos antropólogos práticos é objeto de preocupação dos próprios cientistas da área, como relata o já citado Rodrigo Pádua Rodrigues Chaves. (op. cit. págs. 143/144).

Assim, conclui-se que as áreas reivindicadas por índios, mas que não constituam posse indígena ou não estejam inseridas dentro do perímetro da terra indígena, não são passíveis de demarcação, mesmo que sejam como tal reconhecidas por critérios antropológicos, pois estarão ausentes os aspectos da juridicidade e da constitucionalidade.

Da mesma forma, pode-se concluir que as ocupações por domínio ou posse de áreas que, no passado remoto, foram indígenas - mas não o são mais - e que, por conseguinte, estejam, no presente, fora do perímetro da ocupação indígena, não são passíveis de nulidade ou de extinção, visto que não se enquadram nas hipóteses previstas no § 6º do art. 231, da Constituição.

Esse é o entendimento do STF expresso na Súmula 650, que assim se manifesta:

Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

As conclusões do estudo têm amparo no julgamento da Pet. 3388-4/RR, do conflito da Raposa Serra do Sol, em especial nas manifestações do ministro Menezes Direito, do STF, no que, em seu voto-vista, corrobora o entendimento ora apresentado, asseverando que:

Por outro lado, se a teoria do fato indígena dispensa considerações sobre a idade da ocupação, exige, repito, a demonstração da presença constante e persistente dos índios na área em questão, o que é tarefa dos documentos produzidos no processo de regularização.

Tratando-se, portanto, de terras legalmente adquiridas e devidamente registradas em cartório de registro de imóveis, localizadas em áreas que, na data do registro cartorial, não constituíam posse indígena, será garantido ao titular do imóvel o direito de nelas permanecer.

Ademais, ao definir uma terra indígena e determinar a sua **demarcação**, a Constituição reconhece, em harmonia com outras normas e garantias fundamentais, que outras áreas territoriais não são indígenas, e que competirá à União distinguir o território indígena de outras terras públicas ou privadas. É o que parece óbvio, pois, se assim não for, a demarcação se tornará um ato arbitrário.

Da mesma forma que se garante o direito aos índios de permanecer nas terras por eles ocupadas, ao titular de domínio particular são garantidos os direitos estabelecidos pela Constituição Federal, em sintonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, consignada pela Organização das Nações Unidas – ONU, nos seguintes termos:

Artigo XVII

1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Como já exposto, o registro da propriedade dá segurança, autenticidade e eficácia ao ato de aquisição. A Constituição garante o direito de propriedade e, nos termos do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal. Assim, entende-se que o ato de anular ou extinguir um título de propriedade compete exclusivamente ao Poder Judiciário, em processo judicial, garantido o contraditório e a ampla defesa.

No entanto, ao garantir o direito de propriedade, a Constituição prevê, também, a intervenção do Poder Público mediante ato de desapropriação da propriedade privada, nos termos do art. 5º, XXIV:

Art. 5º (...)

(...)

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante

justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Portanto, caso seja constatada comprovadamente a premência diante de grave turbacão, ou nas hipóteses de riscos para a sobrevivência indígena, a Administração Pública poderá fazer valer o seu poder de intervenção no domínio particular, por meio de processo de desapropriação por interesse social, mediante o pagamento de prévia e justa indenização, nos termos estabelecidos pelo art. 5º, inciso XXIV, da Constituição.

6. HARMONIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

No texto constitucional, encontra-se a interconexão da política indigenista com outros ramos do Direito, de tal forma que a correta interpretação de um dispositivo requer o conhecimento de seu alcance e de seus limites, quando em confronto com as demais normas do ordenamento jurídico.

A doutrina jurídica tem defendido que o texto constitucional somente pode ser interpretado sob uma visão harmônica de seus dispositivos. A política indigenista é contemplada com normas constitucionais específicas, que não conflitam com os demais dispositivos.

De fato, dispositivos que tratam do direito de propriedade, sua função social, desapropriação por interesse social, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, entre outros, são conceitos que se aplicam, diretamente, à questão indígena.

Quanto à aplicabilidade da norma, segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva (*apud* MORAES, 2006), há as normas de eficácia plena, que “produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente quis regular”, as de eficácia contida, “que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”, e as normas constitucionais de eficácia limitada, que apresentam “aplicabilidade indireta,

mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade”. (p. 7)

No entanto, nos conceitos de aplicabilidade das normas constitucionais, surgem os conflitos entre direitos e bens constitucionalmente protegidos. Para solucioná-los, segundo Fernando Coelho (*apud* MORAES, 2006), mister se faz investigar o sentido e os fins das normas, interpretando-as, por meio de regras e processos especiais, a fim de “desentranhar o próprio sentido das palavras da lei, deixando implícito que a tradução do verdadeiro sentido da lei é algo bem guardado, entranhado, portanto, em sua própria essência”. (p. 10).

As normas constitucionais que tratam da política indigenista devem, portanto, ser interpretadas por meio do ajustamento das características históricas, políticas e ideológicas que lhes deram origem, confrontando-as com a realidade sociopolítico-econômica, a fim de que possam alcançar a sua plena eficácia, considerando, para tal fim, os princípios e as regras interpretativas.

Em seu voto-vista, na Pet. 3388-4/RR, que trata da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, o eminente ministro Marco Aurélio de Melo assevera que:

A Constituição brasileira mostra-se um todo composto de normas interligadas, que não apresentam, considerado, ao menos, o texto primitivo, contradições. O que se passa a ter é visão distorcida, à mercê de interpretação discrepante do que nela se contém, potencializando-se certos dispositivos, e se lhes dando alcance insuplantável, em detrimento de outros, como se houvesse, no Documento Maior, preceitos de hierarquias diversas. Repito, à exaustão, para ouvidos que não se fazem sensíveis à realidade: a Carta Federal consagra, acima de tudo, a ordem natural das coisas, é ato de inteligência decorrente da vontade do povo brasileiro, não possuindo normas em prejuízo de outras, não possuindo normas de patamares diferentes. Deve-se perceber essa verdade maior, sob pena de grassar a insegurança jurídica no que vieram a predominar critérios circunstanciais, critérios momentâneos, destoantes de valores perenes.

7. CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 dispõe, no art. 20, que as terras indígenas são bens da União. E, no art. 231, reconhece aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e atribui à União a obrigação de demarcá-las.

A condição para que os índios possam preservar sua cultura tradicional, seus costumes e suas tradições é que tenham a garantia constitucional de usufruto das terras que ocupam.

Em síntese, pode-se concluir que a Constituição garante o usufruto indígena das terras que ocupam, mas reserva à União a sua propriedade. A terra indígena deve ser demarcada, aos moldes do processo de discriminação das terras devolutas, sendo reconhecidos os seus limites e confinantes.

Destaca-se que foi somente a partir da Constituição Federal de 1969 que as terras indígenas foram declaradas bens da União e deixaram de ser terras devolutas, como mencionava a Lei nº 601, de 1850. Sendo bens da União, devem ser registradas no Cartório de Registro de Imóveis e na Secretaria do Patrimônio da União, sujeitas, portanto, ao regime jurídico da propriedade, nos termos estabelecidos no Código Civil. Assim, são discriminadas das terras de particulares e com elas não se confundem.

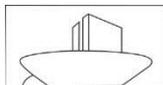
A propriedade privada adquirida por justo título tem garantia constitucional (art. 5º, XXII), pois, se assim não for, será estabelecida a insegurança jurídica, em frontal ofensa à ordem jurídica vigente no País.

A segurança jurídica no processo de demarcação das terras indígenas fundamenta-se na Constituição de 1988, que, no art. 5º, XXII, assegura o direito de propriedade, ressalvando, no inciso XXIV, que, nas hipóteses de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, serão desapropriadas mediante justa e prévia indenização.

No entanto, a propriedade privada legitimamente adquirida e que não esteja localizada no perímetro da posse indígena poderá ser adquirida pelo Poder Público por meio de processo de desapropriação, para atender circunstâncias prementes ou para pacificar graves conflitos fundiários.

A tese do *indigenato*, propugnada pelo eminente jurista e professor João Mendes Júnior, em 1902, baliza o direito originário dos índios sobre as áreas que efetivamente ocupam, mas não dá suporte jurídico à retomada de áreas que outrora foram indígenas, mas não o são mais.

A tese do *indigenato* é rejeitada pelo ilustre ministro Menezes Direito, que a substitui pela tese do *fato indígena*, sob o argumento que o



procedimento de identificação e demarcação deve ter por objeto fato qualificado, qual seja, a “*presença constante e persistente dos Índios na área em questão, o que é tarefa dos documentos produzidos no processo de regularização*”.

No entanto, as **ocupações dolosas** de posses sabidamente indígenas, mesmo que não estejam previamente demarcadas, ensejam a anulação ou a extinção de domínio ou posse, garantido o devido processo judicial.

Em que pese o mérito da política nacional em defesa das comunidades indígenas, assim como o fato de que tal política tenha ampla aceitação da sociedade brasileira, as demarcações têm sido alvo de inúmeros questionamentos. Segundo as denúncias ou críticas veiculadas nos meios de comunicação, as demarcações das áreas indígenas são superdimensionadas, e, por consequência, as delimitações ultrapassam os limites das propriedades particulares, de unidades de proteção ambiental, de áreas destinadas à reforma agrária e ao assentamento de famílias de agricultores e, não raro, abrangem vilas e aglomerados urbanos.

As denúncias e críticas se avolumam, à medida em que novas áreas são reivindicadas pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI. As demarcações das terras indígenas têm culminado em perdas econômicas dos proprietários e posseiros que, inesperadamente, deixam para trás uma história de vida e de trabalho, perdem todo o patrimônio construído durante anos de persistência na atividade agrícola e pastoril e se veem diante de uma nova realidade, qual seja: deixam de ser reconhecidos como produtores rurais e passam a ser considerados invasores.

As repetidas críticas ao processo de demarcação das terras indígenas não são, portanto, mero questionamento levantado por agricultores insatisfeitos que perderam suas propriedades rurais em consequência das demarcações realizadas pela FUNAI. Constata-se que autoridades locais, prefeitos, governadores, parlamentares, estudiosos e juristas reconhecidos compõem um contingente de críticos ao processo de demarcação das terras indígenas.

Nos últimos anos, os meios de comunicação revelam que significativa parcela da sociedade vem se preocupando com o aumento dos conflitos fundiários, não mais por conta das invasões dos sem-terra, mas pelas investidas da FUNAI, em ações destinadas a ampliar as reservas indígenas em regiões produtivas. Como consequência, multiplicam-se as ações judiciais impetradas por agricultores contra as iniciativas expansionistas da FUNAI.

É verdade, também, que, em face das reivindicações de setores vinculados à defesa das comunidades indígenas e dos questionamentos de políticas oficiais de defesa das comunidades indígenas e com vistas ao encaminhamento de soluções políticas e legislativas que promovam a harmonia e o convívio pacífico, a sociedade e, em especial, a classe política não se furtam ao debate amplo sobre todas as questões levantadas pelas comunidades indígenas, por organismos não governamentais e pelos setores produtivos, proprietários e posseiros em busca de novos caminhos e novas propostas para a solução dos conflitos que afligem cidadãos não indígenas e as comunidades indígenas.

A demarcação das terras indígenas é um desafio para toda a sociedade brasileira. Não é possível que, passados mais de cinco séculos, o País ainda se depare com os conflitos entre índios e não índios.

A busca de soluções de conflitos só será encontrada pela via da negociação e pela instituição de uma legislação que atenda aos anseios de todos.

REFERÊNCIAS

ALVARÁ de 1º de abril de 1680. **Transcrições de fontes**. out. 2010. Transcrito por Rodrigo Sérgio Meirelles Marchini. Disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2010/02/alvara-de-de-1-de-abril-de-1680.html>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores, 15ª ed., 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Edições Almedina, 7ª ed., 2003.

CUNHA, Manuela Carneiro da, (org.). *História dos Índios do Brasil*. Companhia das Letras, 2ª ed. 1988.

FRANÇA, Prof. R. Limongi, Coord. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Editora Saraiva, São Paulo, 1977.

JÚNIOR, João Mendes. *Os Indígenas do Brasil, seus direitos individuais e Políticos*. (Ed. Fac. Similar) Typ. Hennies Irmãos, São Paulo, 1912.

LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*. Arquivo do Estado de São Paulo, Coleção Fac-símile da 4ª edição, 1991.

MARCHINI, Rodrigo Sérgio Meirelles. *Apontamentos sobre a legislação colonial e imperial voltada ao tratamento das terras ocupadas pelos índios no Brasil*. **Transcrições de fontes**. 18 out. 2012. Disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2012/10/apontamentos-sobre-legislacao-colonial.html>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Editora Atlas, 2006.

PROVISÃO de 1º de abril de 1680. **Transcrições de fontes**. out. 2010. Transcrito por Rodrigo Sérgio Meirelles Marchini. Disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2010/02/provisao-de-1-de-abril-de-1680.html>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. Editora Saraiva, 4ª ed., 1972.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Editora Forense, 23ª ed., Rio de Janeiro, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. Malheiros Editores Ltda., 1ª ed., São Paulo, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros Editores Ltda., 34ª ed., 2011.