



Constituição não legitima invasão de terras por índios

Direito dos índios aos territórios que ocupavam no período colonial, no Império e na 1ª República. Índios colonizados e horas selvagens

Desde o Brasil colonial até os nossos dias, bem ou mal, procurou-se proteger os interesses indígenas por meio de numerosos atos e leis, visando pôr cobro à espoliação de seus bens e terras. A generosidade do Brasil para com seus índios, por isso, foi elogiada na 39ª Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1956. Naquela ocasião, a Conferência aprovou, como recomendação para orientar a política indigenista de todos os países que tivessem populações autóctones, um documento inspirado, em grande parte, na legislação brasileira, no qual esses mesmos princípios são enunciados, como as normas básicas que devem disciplinar todas as relações dos países participantes com seus povos tribais.

O direito dos índios aos territórios que ocupavam foi reconhecido, pela primeira vez, no Alvará Régio de 1ª de abril de 1680, confirmado pela lei de 6 de junho de 1775, a qual determinava a observância do Breve de Benedicto XIV, de 20 de dezembro de 1741, além de várias leis do Reino sobre a liberdade das pessoas e bens e comércio dos índios do Pará e Maranhão[1]. No entanto, nunca será demais lembrar que estes dispositivos não tiveram nenhuma eficácia, nenhum sentido prático. Ficaram no papel e nas intenções, porque não havia vontade política na Metrópole para implementá-los. É bem verdade que muito se tem falado daquele Alvará Régio de 1ª de abril de 1680 como o ponto de partida para o direito indígena brasileiro. Entretanto, não se deve exagerar neste sentido, pois aquele decantado alvará tinha validade apenas para os índios do Pará e Maranhão. Só mais tarde, por um outro Alvará Régio, de 1755, ele se aplicaria a todo o Brasil. No entanto, logo que aqui chegou a família real portuguesa, fugindo do vendaval napoleônico, em 1808, D. João VI tornou-o letra morta, instituindo entre nós o princípio da “guerra justa”, pelo qual se poderiam escravizar os índios em conflito com os colonos, expropriando-os de suas terras, arrancando-os do seu *habitat*, anulando todos os avanços no sentido de um incipiente direito indígena.

Mais tarde, os índios foram declarados órfãos e sob tutela da nação, pela lei de 27 de outubro de 1831, estabelecendo-se sistemas de diretórios junto às aldeias[2]. Esta lei determinava a revogação das cartas régias, que mandavam fazer guerra e pôr em servidão os índios. Portanto, este foi o primeiro ato imperial importante a favor dos índios, que passaram a ser considerados tutelados do Estado brasileiro. A legislação indigenista do século XIX, sobretudo até 1845, entretanto, é flutuante, pontual, e, como era de se esperar, em larga medida subsidiária de uma política de terras. Com a revogação, em 1798, do Diretório Pombalino, instituído na década de 1750, criou-se um vazio que não seria preenchido. Com o Decreto 426, de 24.07.1845, regulamentaram-se as missões de catequese e civilização dos índios e, assim, procurou-se estabelecer diretrizes sérias, mais administrativas do que políticas, para o governo dos índios aldeados. Este decreto, conhecido como o Regulamento das Missões, é o único documento indigenista geral do Império. Por ele, prolongava-se o sistema de aldeamentos e claramente almejava-se a transição para a assimilação completa dos índios[3]. A partir daí, fixou-se a dicotomia entre índios colonizados e hordas selvagens. Os índios colonizados eram os índios aldeados, já influenciados pela catequese e próximos dos civilizados, enquanto as hordas selvagens eram representadas pelos índios ainda arredios à catequese e à civilização, que viviam errantes, nômades, a vagar pelo território nacional, para os quais deveriam ser constituídas reservas provenientes de terras devolutas. Esta diferenciação apareceria explícita na Lei de Terras, 601, de 18.09.1850, e no seu respectivo regulamento, Decreto



1.318, de 30.01.1854.

Lei de Terra. A Conquista do oeste e do planalto catarinense. O indigenato de João Mendes Júnior. Índios e posseiros

A Lei 601, de 18/9/1850 (Lei de Terras), foi o primeiro grande cadastro imobiliário brasileiro. Convém recordar que o Brasil vivia um caos agrário, desde 17 de julho de 1822, data da extinção do regime de sesmarias, até 1850, meses antes da edição da Lei de Terras. Até então, o Estado brasileiro não dispunha de nenhuma legislação que disciplinasse ou estabelecesse normas para a concessão de terras aos colonos interessados. Efetivamente, o artigo 179, XXII, da Constituição imperial de 1824, estabelecia:

“Art. 179 – A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXII – É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.”

Todavia, a tão esperada lei, preconizada naquele texto constitucional, somente seria editada pela Assembléia Nacional do Império, em 18 de setembro de 1850, 26 anos após! A extinção do regime de sesmaria, aliada à agitação geral causada pela independência naquele ano, seria responsável pela ausência de legislação específica sobre terras no país[4].

Esta é a conclusão que se extrai dos textos legais editados no Império, muito ao contrário do que pretendem alguns autores e antropólogos, quando supõem que a Lei de Terras e seu regulamento fossem uma consagração do espírito do velho Alvará Régio de 1º de abril de 1680. O equívoco se deve à interpretação errônea que dão ao parágrafo 1º do artigo 24 do Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854 (Regulamento da Lei de Terras).

O artigo tinha a seguinte redação:

“Art. 24 – Estão sujeitas à legitimação:

§ 1º – As posses que se acharem em poder do primeiro ocupante, não tendo outro título senão a sua ocupação.

§ 2º – As que, posto se achem em poder do segundo ocupante, não tiverem sido adquiridas por títulos legítimos.

§ 3º – As que, achando-se em poder do primeiro ocupante até a data da publicação do presente Regulamento, tiverem sido alienadas contra a proibição do art 11 da Lei 601 de 18 de setembro de 1850”.



Foi a partir da interpretação do parágrafo 1º do artigo 24 do Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que regulamentava a Lei 601, de 18 de setembro de 1850, que o insigne jurista João Mendes Júnior, em 1912, formulou a tese do indigenato. O ilustre mestre entendeu que o indigenato já estivesse sacramentado pelo antigo Alvará Régio de 1º de abril de 1680.

Com a elegância e cultura de sempre escreveu:

“O indígena, primariamente estabelecido, tem a sedum positio, que constitue o fundamento da posse, segundo conhecido texto do jurisconsulto Paulo (Dig., tit., de acq. vel. amitt. posses., L. 1), a que se referem SAVIGNY, MOLITOR, MAINZ e outros romanistas; mas, o indígena, além desse jus possessionis, tem o jus possidendi, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1.º de Abril de 1680, como direito congenito. Ao indigenato, é que melhor se aplica o texto do jurisconsulto Paulo: – quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit.

Só estão sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder de ocupante (art. 3.º da Lei de 18 de Setembro de 1850); ora, a ocupação, como titulo de aquisição, só póde ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A ocupação é uma apprehensio rei nullis ou rei derelictae. (confiram-se os civilistas, com referencia ao Dig., tit. de acq. rerum domin., L. 3, e tit. de acq. vel. amitt. poss., L. 1); ora, as terras dos indios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como res nullius, nem como res derelictoe; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquillo que lhes é congenito e primario, de sorte que, relativamente aos indios estabelecidos, não ha uma simples posse, ha um titulo immediato de dominio; não ha, portanto, posse a legitimar, ha dominio a reconhecer e direito originario e preliminarmente reservado.

O art. 24 do Decr. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854, explicando o pensamento da Lei, claramente define, no § 1º, que, em relação ‘às posses que se acharem em poder de primeiro occupante’, estão sujeitas à legitimação aquellas ‘que não têm outro titulo senão a sua occupação’. Esse § 1.º do art. 24 do cit. Decr. de 1854 reconhece, portanto, a existencia de primeiro occupante que tem titulo distincto da sua occupação. E qual póde ser esse primeiro occupante, com titulo distincto da sua occupação, senão o indígena, aquelle que tem por titulo o indegenato, isto é, a posse aborigene? O Decr. de 1854 repetiu desse modo o pensamento do Alv. de 1.º de Abril de 1680: ‘quer se entenda ser reservado o prejuízo e direito dos Indios, primarios e naturaes senhores das terras’.

Há, pois, outras reservas que não suppõem posses originarias ou congenitas: essas são as das terras devolutas, que destinam-se, na fôrma da Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850, art. 12, à colonisação, assim como à fundação de povoações, abertura de estradas e quaesquer outras servidões publicas, assim como à construcção naval. A colonisação de indigenas, como já ficou explicado, suppõe, como qualquer outra colonisação, uma emigração para immigração; e o proprio regulamento n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854, no art. 72, declara reservadas das terras devolutas, não só as terras destinadas à colonisação dos indigenas, como as terras dos aldeamentos onde existem hordas selvagenes. Em summa, quer da letra, quer do espirito da Lei de 1850, se verifica que essa Lei nem mesmo considera devolutas as terras possuidas por hordas selvagens estaveis: essas terras são tão particulares como as possuidas por occupação legitimavel, isto é, são originariamente reservadas da devolução, nos expressos termos do



Alvará de 1º de abril de 1680, que as reserva até na concessão das sesmarias” (Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos, João Mendes Junior, Typ. Hennies Irmãos, São Paulo, 1912, pp.58-60).

O excelso mestre afirmou que o primeiro ocupante, com título distinto da sua ocupação, era o índio. O contexto da época em que ele vivia, de amarga memória para as relações étnicas no Brasil, entre índios e não-índios, influenciou, sem dúvida, as suas reflexões. O início do século XX foi momento de dramáticas ocorrências. Primeiramente, no oeste paulista, por causa da construção das linhas férreas da Estrada de Ferro Noroeste do Brasil, que, em diagonal, cortavam o planalto ocidental de São Paulo na direção de Mato Grosso. O Brasil precisava superar, urgentemente, o trauma da guerra com o Paraguai. Naquela época, por não contarmos com um caminho terrestre permanente para o Mato Grosso, quase o perdemos para as tropas paraguaias. Os índios Kaingang, seculares habitantes daquelas terras brasileiras, foram desumanamente massacrados para aquele desiderato ser atingido. A imprensa da época registrava com cores dantescas a violência reinante. Os índios, corajosamente, na defesa do seu território, chacinavam, em seus acampamentos, diariamente, equipes de trabalhadores das construtoras que iam estendendo as paralelas de aço em suas terras. Chegou-se a constituir tropas paramilitares chamadas “bugreiros” para proteger os acampamentos dos trabalhadores, as estações, os comboios ferroviários e comunidades de não-índios, que iam se formando ao longo das linhas. Um verdadeiro genocídio de ambos os lados! A estrada foi construída, os índios perderam seu território, e o Brasil superou o seu trauma, deixando profunda revolta na alma dos intelectuais da época, que, distantes do sertão, ignoravam as agruras daquela marcha em direção às barrancas dos rios Paraná e Paraguai, buscando as nossas fronteiras ocidentais.

Na mesma época, no vale do rio Itajaí, em Santa Catarina, progredia a colonização alemã, deixando o litoral em direção ao planalto catarinense. Ao fazê-lo, os colonos se depararam com os índios Xokleng ou Botocudos e Kaingang, ocorrendo idênticos genocídios. A comunidade acadêmica e científica escandalizou-se com a atrocidade da proposta do diretor do Museu Paulista daquela época (de 1894 a 1915), o alemão naturalizado brasileiro, Hermann Friedrich Albrecht von Ihering, que aconselhava a organização de tropas, os famigerados “bugreiros”, para exterminar índios que ameaçassem o progresso da colonização alemã no vale daquele rio. Esses insólitos acontecimentos doíam na alma do nosso grande jurista João Mendes Júnior, que tomou a defesa dos nossos índios, difundindo a doutrina do indigenato no Brasil.

O ilustre jurista propagou que o primeiro ocupante da terra era o índio, porque tinha por título o indigenato, isto é, a posse aborígene. Mas o parágrafo 1º do artigo 24 do Decreto 1.318 de 30 de Janeiro de 1854, com certeza, estava se referindo também aos milhares de posseiros não-índios que invadiam as terras devolutas. Para os índios, a Lei 601, de 18 de setembro de 1850, reservou especificamente o artigo 12, e o decreto regulamentador reservou os artigos 72, 73, 74 e 75. Nem na lei 601, nem no decreto 1.318, se encontra um parágrafo, uma frase, uma palavra que autorize alguém a pensar em “direitos originários”. Essa expressão, retirada do Alvará Régio de 1680 é que deu origem àquela doutrina, que não se sustenta em nenhum outro texto. A expressão “direitos originários” realmente não foi utilizada nos textos legais anteriores.



Particularmente sobre os índios, a Lei 601, em seu artigo 12, estabelecia:

“Art. 12 – O Govêrno reservará das terras devolutas, as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos índígenas; 2º, para a fundação de povoamento, abertura de estradas e quaisquer servidões e assento de estabelecimentos públicos; 3º, para a construção naval.”

E o Decreto 1.318, no Capítulo VI, com o título “DAS TERRAS RESERVADAS”, trata especificamente dos índígenas pertencentes a hordas selvagens nos artigos 72, 73, 74 e 75.

Vejamos:

“Art. 72 – Serão reservadas terras devolutas para colonização e aldeamento de índígenas nos Districtos onde existirem hordas selvagens.

Art. 73 – Os inspetores e Agrimensores, tendo notícia da existência de tais hordas nas terras devolutas que tiverem de medir, procurarão instruir-se do seu gênio e índole, do número provável de almas que elas contém, e da facilidade, ou dificuldade, que houver para o seu aldeamento, de tudo informarão ao Diretor Geral das Terras Públicas por intermédio dos Delegados indicando o lugar o mais azado para o estabelecimento do aldeamento, e os meios de o obter; bem como a extensão da terra para isso necessária.

Art. 74 – À vista de tais informações, o Diretor Geral proporá ao Govêrno Imperial a reserva das terras necessárias para o aldeamento, e tôdas as providências que êste se obtenha.

Art. 75 – As terras reservadas para a colonização de índígenas, e por eles distribuídas, são destinadas ao seu usufruto; e não poderão ser alienadas enquanto o Govêrno Imperial por ato especial não as conceder o pleno gôzo delas, por assim o permitir o seu estado de civilização”.

Essa era toda a legislação relativa aos índios no Império: o Regulamento das Missões (Decreto 426), a Lei de Terras, 601, e o Decreto 1.318 que a regulamentava.

A Constituição imperial de 1824, primeira Constituição brasileira, simplesmente ignorou o índio, não havendo nela nenhum título, capítulo ou artigo sobre o primitivo habitante da terra.

A Lei Maior do Império não dedicou, lastimavelmente, nenhuma atenção aos índios. Não se encontra, em seus dispositivos constitucionais, nada que possa significar preocupação com aquilo que está na bela e generosa doutrina do indigenato. Ora, não seria um parágrafo de um artigo daquele Decreto (1.318, de 30 de Janeiro de 1854) que iria ser maior do que a própria lei que procurava regulamentar: não havia aquela preocupação, nem a força jurídica para gerar direitos que a Lei Maior não abrigava. A Lei de Terras de 1850, por sua vez, era lei infraconstitucional e tinha um sentido meramente administrativo, procurando, apenas, orientar a nação, tentando ajudá-la a desvencilhar-se do emaranhado fundiário a que fora conduzida pelo regime anterior das sesmarias, advindo das Ordenações Filipinas.



Ilegitimidade dos esbulhos expropriatórios praticados pelo governo em nome da tutela indígena. Interpretação errônea do direito indígena à terra no passado e na atualidade. Aplicação do princípio do indigenato a partir da Constituição de 1988. Abusos da Funai, do Ministério Público Federal e do Ministério da Justiça

Não são legítimos os verdadeiros esbulhos expropriatórios do governo, em nome da tutela indígena, contra produtores rurais de diversas áreas do território nacional, tendo como base a exegese equivocada do direito indígena brasileiro, durante o Império, a 1ª República e, agora, a partir de interpretações cavilosas da Constituição Federal de 1988.

Em vários quadrantes do país, a doutrina do indigenato, de João Mendes Júnior, vem gerando confusões e interpretações açodadas, por parte da Funai, do Ministério Público Federal e do Ministério da Justiça, em verdadeira afronta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já consubstanciada na Súmula nº 650.

Rememoremos que, por ocasião da Constituinte 1987-1988, a pretensão de alguns extremados indigenistas era de que o indigenato, inspirado na generosa doutrina de João Mendes Júnior, pudesse retornar, sem limites no tempo, e dar ao sentido de “direitos originários”, constantes do texto constitucional, uma significação dogmática e absoluta. Porém, foram derrotados naquela Constituinte, pois o indigenato contemplado no texto constitucional de 1988, em termos de “direitos originários”, tem um significado bem diferente daquele de “posse imemorial”, sem limites no tempo, até porque a norma constitucional não tem, aqui, caráter retroativo, só tendo sentido a partir da data da promulgação, 5.10.1988.

É preciso que se esclareça que a doutrina do indigenato não teve eficácia jurídica em nossos textos constitucionais, senão a partir de 5 de outubro de 1988, porque foi a primeira Constituição brasileira a dar proteção aos “direitos originários”, conforme se depreende do caput do art.231, verbis:

“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.”

Portanto, só se pode cogitar em aplicar o princípio do indigenato a partir de 5 de outubro de 1988, pois os princípios constitucionais só retroagem “se isso decorre clara e insofismavelmente do texto, o que não ocorre no caso presente (v. supra, v. 1, p.7 e s.)[5].



No entanto, autoridades da Funai, do Ministério Público Federal e do Ministério da Justiça estão, com desestabilizadora reiteração, gerando conflitos, ao quererem erroneamente submeter terras do país, que se encontram na posse legítima de proprietários não-índios, aos princípios do indigenato, com sentido retroativo e sem limites no tempo. Olvidam-se de que sacramentar a expressão “posse imemorial” fere o artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e a Lei 9.784/99, gerando insegurança jurídica no país e ameaçando o direito de propriedade, assegurado por cláusula pétrea da nossa Constituição (artigo 5º, XXII).

O veemente protesto lançado pelo ministro Oscar Corrêa no STF contra os abusos estatais em matéria de terras indígenas

Diante de situações assim ilegais e injustas, o veemente protesto do ministro Oscar Corrêa perante a Suprema Corte da nação parece cada vez mais atual e procedente:

“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. RT 609/211). Os grifos são do original.

O alcance abrangente da Súmula 650 do STF. Os votos dos ministros Marco Aurélio, Nelson Jobim e Carlos Velloso

A Súmula 650 do STF reza o seguinte:

“Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por índios em passado remoto”.

Pretendem alguns que esta Súmula refere-se apenas a casos de usucapião. Porém, essa interpretação restritiva não está correta, como se poderá comprovar pela consulta das manifestações que inspiraram a sua proclamação.

Antes mesmo da edição da Súmula 650 do STF, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao tratar de hipótese de usucapião, examinou em profundidade e ampla extensão o que se deve entender por “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, assentando o seguinte entendimento:

“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, e artigo 67 do ‘Ato das disposições constitucionais transitórias’).



Portanto, só integram o patrimônio da União Federal aquelas terras em que os índios estejam realmente instalados ou que, para eles, estejam demarcadas e preservadas”(Acórdão da 2ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negou provimento, por votação unânime, à apelação da União Federal: Ap. nº 89.03.06638-3-SP – DJU 07.10.91. RT 675/197).

Ora, pretender que interpretação desse jaez restrinja-se apenas a situações de usucapião é rematado absurdo, porque o acórdão, nesse ponto, está cuidando claramente – repita-se – do que se deve entender, à luz da Constituição vigente, por “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

O Recurso Extraordinário nº 219.983-3 de São Paulo, julgado em sessão plenária do Pretório Excelso, Relator: Ministro Marco Aurélio, no dia 09.12.1998, publicado no DJ de 17.09.99, serviu de paradigma para a edição da Súmula 650.

Dele extraímos valiosas conclusões que merecem transcrição demonstrativa de que a decisão do STF não está amarrada apenas ao debate do cabimento ou não de usucapião de terras de antigos aldeamentos indígenas abandonados, mas valem para todos os casos do reconhecimento ou não do que se deva admitir como “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, de acordo com os atuais preceitos constitucionais.

O ministro Marco Aurélio, relator do acórdão, indagou, para, a seguir, elucidar a questão:

“(…) nas previsões das Cartas pretéritas e na atual, no que alude a ‘... terras que tradicionalmente ocupam ...’, é dado concluir estarem albergadas situações de há muito ultrapassadas, ou seja, as terras que foram, em tempos idos, ocupadas por indígenas? A resposta é, desenganadamente, negativa, considerado não só o princípio da razoabilidade como também a própria letra dos preceitos constitucionais envolvidos”.

Esta interpretação, ainda segundo o ministro Marco Aurélio, decorre da própria redação do artigo 231, parágrafo 2º, da Constituição Federal, pois

“(…) cuida a Carta da República de deixar explícita a necessidade de ter-se, como atual, a posse”.

E, em outro brilhante voto, ao apreciar os preceitos constitucionais referentes às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, não deixou dúvida de que não estava apenas tratando de usucapião:



“Não, a isto não conduzem os preceitos constitucionais aplicáveis à espécie. Prevêem não a devolução de terras das quais de há muito foram retirados os índigenas e que hoje estão na titularidade de pessoas diversas, mas asseguram a permanência dos índios nas que por eles estão habitadas, podendo-se cogitar de retroação à vigência da Carta de 1967, a que pela primeira vez dispôs sobre o tema com as conseqüências drásticas acima consignadas. A retroação aos idos de 1938, com a declaração de ineficácia dos títulos formalizados e despejo sumário daqueles que nelas estão alojados, é passo demasiadamente largo, que não atende aos ditames constitucionais, especialmente quando estes também albergam o direito de propriedade.”[6]

O ministro Nelson Jobim, em voto separado, que integrou o acórdão do Recurso Extraordinário nº 219.983-3, manifestou-se no mesmo sentido:

“Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área”.

O ministro Carlos Velloso, por sua vez, na mesma oportunidade, no seu voto, consolidou este entendimento:

“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 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 imemoriais, 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 índigenas, 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.”

Concluindo: a interpretação que alguns pretendem lhe dar de que a Súmula 650 se aplica apenas a hipóteses de usucapião maltrata o bom senso jurídico, tendo em vista a amplitude constitucional das manifestações que a inspiraram.

A inquietação rural decorrente da errônea aplicação dos textos constitucionais

Alguns apontamentos retirados do requerimento dirigido ao ministro da Justiça, Tarso Genro, pelo Procurador do Estado de Santa Catarina, Loreno Weissheimer, nos autos do processo BSB/0086/85, referente à portaria MJ 793, de 19 de abril de 2007, bem retratam a imensa injustiça que a má aplicação dos preceitos constitucionais poderá acarretar:

“Já no ano de 1980, ainda na vigência da Carta Magna de 1967, a Suprema Corte tinha preocupações com a forma de a administração demarcar terras indígenas, assim expresso em bem lançado voto do então ministro Cordeiro Guerra, nos autos do Mandado de Segurança n.º 20.235, de 04 de junho de 1980, in verbis:

‘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, 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.’

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.”

Conclusão

“(…) a vigente Constituição Federal não veio para criar conflitos fundiários entre índios e não-índios. Não veio para expulsar agricultores e proprietários de terras adquiridas, segundo as normas de regência da época da aquisição. Não veio para entregar aos povos indígenas, terras por eles não habitadas quando da promulgação da Constituição Federal. Não veio para legitimar a invasão de terras particulares, por índios. Não veio para desconstituir retroativamente o direito de propriedade, legitimamente adquirido, através de atos jurídicos perfeitos. Veio para garantir uma situação fática já existente”. [7]

a) A Constituição Federal de 1988 não produz efeitos retroativos, de modo a anular alienações anteriormente efetivadas, segundo as normas de regência então vigentes;

b) Os atuais preceitos constitucionais têm por finalidade proteger terras que se encontram habitadas pelos índios, em caráter permanente. Preservou-se apenas a situação concreta encontrada pela nova Constituição, não incidindo a hipótese de terras com títulos de domínio não mais ocupadas por indígenas.

c) Não se verificando a habitação permanente e contemporânea à promulgação da Constituição da República, não se pode falar em terras indígenas, ou seja, “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]

d) A Súmula 650 do STF não se refere apenas a casos de usucapião. Estende-se às “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, assentando o entendimento de que só integram o patrimônio da União Federal aquelas “terras em que os índios estejam realmente instalados ou que, para eles, estejam demarcadas e preservadas.”

e) A interpretação sumulada pelo Supremo Tribunal Federal solucionou definitivamente o problema: terras tradicionalmente ocupadas pelos índios requerem ocupação atual.

Referências bibliográficas:

BARROSO, Lucas Abreu e outros. *O Direito Agrário na Constituição*. Rio de Janeiro. Ed.Forense. 2005

BORGES, Daniel Zanforlim e outro. *Ações Fundiárias*. Leme (SP). Led – Editora de Direito Ltda. 2000.

BRASIL. *Constituições do*. 6ª ed. São Paulo. Ed.Atlas.1983.

CALLAGE, Carlos. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. *Função Social da Propriedade (CF, art. 5º, XXIII) – dever imposto ao proprietário*. Tese apresentada no XXIV Congresso Nacional de



Procuradores do Estado. Campos do Jordão – 30 de agosto a 3 de setembro de 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo. Ed.Saraiva. 2001.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro. Forense Universitária.1993.

CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *Legislação indigenista no século XIX: uma compilação (1808-1889)*, São Paulo: Ed. USP.

_____. Os Direitos do índio – ensaios e documentos. São Paulo. Editora Brasiliense. 1987.

DEMETRIO, Nelson. *Doutrina e prática do direito agrário*. Aga Júris Editora e Distribuidora Ltda. Campinas (SP). 3ª edição revista e ampliada. 1998.

FERNANDES, Bernardo Mançano e outros. *A Questão agrária e a Justiça*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo (SP). 2000.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito agrário* – Editora Saraiva. São Paulo (SP). 2ª edição. 1995.

LACERDA, M. Linhares de. *Tratado das Terras do Brasil, Cap.III – Da revalidação e legitimação das terras e modo prático de extermar o domínio público e particular*. Rio de Janeiro. Editora Alba Ltda. 1960. Vol. I.

LARANJEIRA, Raymundo. *Direito agrário brasileiro*. LTR Editora. São Paulo (SP). 1999.

MENDES JÚNIOR, João. *Os Índigenas do Brazil, Seus Direitos Individuais e Políticos*. São Paulo. Typ. Hennies Irmãos. São Paulo. 1912.

MIRANDA, Alcir Gursen de. *O Direito e o Índio*. Editora Cejup. Belém. 1994.

PAULA, José Maria de. *Terras dos Índios*. Boletim nº 1. Ministério da Agricultura. Serviço de Proteção aos Índios. 1944.

RIBEIRO, Darcy. *Os Índios e a Civilização*. Rio de Janeiro: Coleção Retratos do Brasil, V.77 Editora Civilização Brasileira. 1970.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Votos dos Ministros Marco Aurélio, Nelson Jobim e Carlos Velloso no Recurso Extraordinário nº 219.983-3 de São Paulo, 9.12.1998.

WEISSHEIMER, Loreno. Manifestação no processo MJ-BSB/0086/85.



[1] PAULA, José Maria de. Terras dos Índios (Boletim nº 1, Ministério da Agricultura, Serviço de Proteção aos Índios, 1944), pp. 69 e 70.

[2] Idem, p. 42.

[3] CUNHA, Manuela Carneiro da (org). Legislação indigenista no século XIX: uma compilação (1808-1889), São Paulo: Ed. USP, pp. 9 a 11.

[4] CALLAGE, Carlos. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Função Social da Propriedade (CF, art. 5º, XXIII) – dever imposto ao proprietário. Tese apresentada no XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Campos do Jordão – 30 de agosto a 3 de setembro de 1998.

[5] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. São Paulo, Saraiva, 1990-1995, v. 4, p. 116-8, 120-1.

[6] MS 21.575-5. O STF extinguiu o MS, ao fundamento de que necessário no caso instrução probatória.

[7] Manifestação do Procurador do Estado de Santa Catarina, Loreno Weissheimer, nos autos do processo BSB/0086/85.

[8] CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição 1988. Foren. Univ., 1990, Vol. III, p. 1264.

Date Created

21/08/2008