

O Direito fundamental dos indígenas à terra

Do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito

Ana Maria D'Ávila Lopes
Karine Rodrigues Mattos

Sumário

1. Introdução.
2. Evolução histórica da legislação indigenista.
3. O direito fundamental às terras indígenas na Constituição Federal de 1988.
 - 3.1. Classificação das terras indígenas.
 - 3.2. Direito às terras indígenas: direito natural?
 - 3.3. Usufruto constitucional.
 - 3.4. Processo de demarcação das terras indígenas.
 - 3.5. Intervenção de terceiros em área indígena.
4. Conclusão.

1. *Introdução*

Estima-se que, há quinhentos anos, a população indígena, em terras que viriam a formar o Brasil, era de um a dez milhões de habitantes. Desde então, com a consolidação do domínio colonial, essa população foi vitimada por um processo de etnocídio, tanto pela disseminação de doenças quanto pela força das armas, situação que se estendeu até o século XX, com a expansão das fronteiras econômicas regionais. Na atualidade, pode-se comprovar que a população indígena reduziu-se a 345.000 (trezentos e quarenta e cinco mil) seres humanos, distribuídos entre 215 (duzentos e quinze) sociedades indígenas (FUNAI, *on line*).

Analisando a historiografia brasileira, verifica-se que, desde os remotos tempos de colonização, as comunidades indígenas lutam pela sua sobrevivência, o que muitas vezes só foi possível em virtude de batalhas sangrentas travadas para evitar seu completo extermínio. Quanto aos direitos dos índios, observa-se que suas conquistas não

Ana Maria D'Ávila Lopes é Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza e da Universidade Federal do Ceará. Karine Rodrigues Mattos é Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza.

ocorreram de forma crescente, pois houve inúmeros progressos e retrocessos que se sucederam desordenadamente.

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 (CF/88) assegurou aos povos indígenas existentes no País, a exemplo das Cartas Políticas de 1934, 1937, 1946, 1967 e da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, e numa sequência histórica de gradativa institucionalização, direitos fundamentais especialmente referidos à proteção dos índios.

Nesse sentido, o Poder Constituinte Originário de 1988 constitucionalizou direitos e garantias relacionados às condições necessárias para a vida digna das comunidades indígenas, tais como: o direito à preservação da própria cultura (artigo 231, *caput*, da CF/88); o direito à educação na própria língua (artigo 210, § 2º, da CF/88); o direito à posse das suas terras e ao usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (artigo 231, *caput* e § 2º, da CF/88); à proteção direta do Ministério Público na defesa desses direitos e interesses (artigo 232 da CF/88).

Entre os direitos fundamentais mencionados, merece estudo abalizado o direito fundamental às terras indígenas inserto no artigo 231, *caput*, da *Lex Mater*, pois a terra é um elemento fundamental para que toda e qualquer sociedade indígena sobreviva, visto tratar-se do espaço físico vital para a satisfação de suas diferentes necessidades (LOPES, 2001).

Por essas razões, o presente artigo objetiva analisar o direito fundamental dos índios à terra enfocando sua evolução desde os tempos do Brasil Colônia ao Estado Democrático de Direito, examinando igualmente questões correlatas, como o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e a indenização de posseiros de boa-fé ocupantes de áreas indígenas.

2. Evolução histórica da legislação indigenista

Pindorama, ou terra das Palmeiras, era originariamente habitada por povos diversos

como os Tupinambá, Tamoio, Caeté, Potiguara, Tupiniquim (MOONEN, 1983). O primeiro contato entre os portugueses, em sua expansão ultramarina, e os povos indígenas brasileiros ocorreu no ano de 1500, com a chegada da esquadra comandada por Pedro Álvares Cabral. Como os portugueses não sabiam que tinham chegado a Pindorama, resolveram chamar a nova terra de Terra de Vera Cruz, e em momento ulterior de Brasil.

Nas três primeiras décadas posteriores ao descobrimento, o Brasil foi relegado ao esquecimento. Portugal limitou suas atividades à exploração de madeira, à vigilância do litoral para assegurar a posse do negócio e à instalação de feitorias, que eram estabelecimentos comerciais sob a administração de um feitor. Outras fortes razões para o desinteresse de Portugal pelo Brasil nesse período de 1500 a 1530, denominado pré-colonial, foram a preocupação lusitana com o lucrativo comércio de especiarias com as Índias e a ausência de homens suficientes em Portugal para povoar as regiões descobertas (COSTA; MELLO, 1999).

Nos primeiros séculos da colonização portuguesa, a influência da Igreja teve reflexos importantes na política indigenista adotada. Registre-se que em 1529 o Papa já aprovava a conversão dos índios ao cristianismo. No início do século XVI, ainda não existia um órgão específico para cuidar da problemática dos indígenas, mas freqüentemente eram publicadas cartas régias, ordens e recomendações que tratavam da questão da escravidão, dos aldeamentos e do trabalho indígena (MOONEN, 1983).

Com a perda do monopólio da rota de comércio com as Índias por volta de 1530, bem como com a presença de outros europeus no litoral brasileiro, a Coroa portuguesa viu-se compelida a ocupar as novas terras, sob pena de perdê-las. Conseqüentemente, Portugal resolveu, por decisão emanada do rei Dom João III, instalar em 1532 um sistema denominado capitania hereditárias, pelo qual o litoral brasileiro foi dividido em quatorze capitâncias doadas a doze

donatários. Todavia, diante do fracasso do sistema de capitaniais, a Metrópole optou por adotar a centralização do poder com a criação de um governo geral, seguindo-se, assim, os governos de Tomé de Sousa (1549-1553), Duarte da Costa (1553-1558) e Mem de Sá (1558-1572) (COSTA; MELLO, 1999).

Conjuntamente com o governador Tomé de Sousa, desembarcaram, no ano de 1549 em solo brasileiro, os primeiros jesuítas, com recomendações do rei de Portugal para separar os índios cristãos e fazer o possível para que fossem morar perto dos povoados portugueses. Surgiram, dessa forma, os primeiros aldeamentos jesuíticos, localizados próximo das vilas portuguesas, nos quais se fixavam os índios cristãos, além de inúmeros que neles se refugiavam para escapar da escravidão dos colonizadores, já que era proibido escravizar índios residentes nos aldeamentos (MOONEN, 1983).

Faz-se mister ressaltar que, desde o período colonial, a política indigenista manteve-se associada à política territorial. Remetendo ao século XVII, verifica-se que a legislação lusitana apresentava indícios de conexão entre essas duas políticas. O Alvará de 1º de abril de 1680 continha um mandamento acerca da posse e de direitos dos indígenas em relação aos territórios que ocupassem, dispondo respeitar os direitos dos índios primeiros ocupantes e donos naturais das terras. Essa mesma dicção foi repetida em uma lei de 6 de julho de 1755, reconhecendo-se que os indígenas tinham esse direito decorrente da ocupação primitiva da terra (SILVA, 2001).

A partir de 1822, as forças liberais, que influenciaram o processo de proclamação da Independência, conscientizaram-se acerca da necessidade de definir uma política indigenista para o Império. O projeto mais relevante foi o elaborado por José Bonifácio de Andrade e Silva apresentado à Assembléia Constituinte em 1823, defendendo que fossem asseguradas aos índios as terras que lhes restavam por serem seus legítimos detentores (CUNHA, 1987).

Em 1824 foi outorgada a primeira constituição brasileira, caracterizada por estabelecer a centralização do poder, um governo monárquico e hereditário, o catolicismo como religião oficial, o poder do Estado sobre a Igreja, o voto censitário e não-secreto, entre outras disposições, mas omitindo qualquer referência à questão indígena.

Com a publicação do Regulamento acerca das Missões de Catequese e Civilização dos Índios, em 1845, a ação estatal ocupou-se com a formação de aldeias e missões colmando civilizar e catequizar os índios pertencentes às comunidades indígenas isoladas e independentes, olvidando outras problemáticas relevantes que afetavam a população indígena daquele período (SOUZA FILHO, 2005). Esse descaso foi patente em relação aos direitos patrimoniais e territoriais dos índios. O Brasil permaneceu sem uma legislação que dispusesse a respeito da aquisição territorial no lapso temporal compreendido entre os anos de 1822 e 1850, interregno entre a suspensão do Regime das Sesmarias e o advento da Lei de Terras (Lei nº 601 de 1850).

A Lei de Terras teve como objetivos a organização dos registros de terras doadas desde o período colonial e a legalização das ocupadas sem autorização, como passos prévios ao reconhecimento das chamadas terras devolutas, pertencentes ao Estado. Nesse intuito de regularizar a situação, vedou-se a formação de novas posses e estabeleceu-se a compra como forma legal de aquisição de novas terras. Por outro lado, no art. 12 da Lei de Terras, regulava-se a questão indígena, rezando que caberia ao Governo reservar terras devolutas para a colonização dos indígenas; não havia menção ao direito originário indígena sobre os territórios que tradicionalmente ocupavam, isto é, sobre o Indigenato, que, segundo Silva (2001), se trata de tradicional instituição jurídica luso-brasileira com origem nos primeiros tempos da colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio

de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos indígenas, primários e naturais senhores delas.

O período imperial terminou em 1889, desmoronando-se com ele a estrutura política que sustentava a Monarquia. Entretanto, a reorganização da sociedade brasileira não modificou substancialmente o relacionamento entre os povos indígenas e o colonizador, o qual continuou sendo mediado pela Igreja Católica. Nesse panorama, alguns setores da sociedade, interessados na queda da Monarquia, começaram a articular o golpe militar para instaurar o regime republicano, sobrevindo em 15 de novembro de 1889 (COSTA; MELLO, 1999).

Sob a influência da Escola Positiva de Augusto Comte, foi elaborado um projeto de constituição, publicado em 1890, que garantia em seu art. 1º a proteção às sociedades indígenas e a não-violão dos seus territórios. O projeto da primeira constituição republicana, apresentado pelos positivistas, apontava a política que deveria ser adotada com os grupos indígenas, parcela integrante da República que eclodia. Todavia, o projeto apresentado não foi aprovado. Aliás, a Carta Magna promulgada em 24 de fevereiro de 1891 sequer mencionou os índios em seu contexto.

Frisa-se que apenas a Constituição de 1934 abordou em seu bojo a figura do índio, que fora relegada tanto pela Constituição do Império como pela primeira Republicana. Destaque-se que essa norma fundamental assegurou aos índios o respeito à posse das terras permanentemente ocupadas por eles, as quais não poderiam ser alienadas. Outrossim, atribuiu competência privativa à União para legislar sobre a incorporação dos índios à comunhão nacional, nos moldes do art. 5º, inciso XIX, alínea "m".

Em 1937, Getúlio Vargas deu um golpe de Estado que dissolveu o Congresso, outorgando uma nova constituição e instituindo a ditadura do Estado Novo. Com a implantação do Estado Novo, o governo

getulista manteve a disposição legal referente às terras indígenas constante na Carta Política de 1934 na sua íntegra. A CF/1946 foi elaborada sob a égide de um processo duvidoso de redemocratização. Inobstante a formação do Congresso Constituinte e as inúmeras discussões existentes sobre o relacionamento entre o Estado e grupos indígenas, predominou a antiga ideologia de incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (art. 5º, inciso XV, alínea "r", CF/1946), assegurando-se novamente a posse da terra aos indígenas.

Com o advento da ditadura militar em 1964, uma nova Constituição foi outorgada ao país em 1967. Esse texto constitucional, por sua vez, trouxe importante acréscimo ao instituir, em seu art. 4º, inciso IV, que as terras ocupadas pelos silvícolas integravam o patrimônio da União. Ademais, foi assegurado o usufruto exclusivo dos índios sobre os recursos naturais e de todas as utilidades existentes em suas terras.

Em 17 de outubro de 1969, foi outorgada, por três ministros militares, nova Carta ao país, sob a aparência de emenda constitucional, estando em recesso forçado o Congresso Nacional. A Emenda Constitucional de 1969 acrescentaria à *Lex Mater* uma nova regra que estatuía a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tivessem por objeto o domínio, a posse ou a ocupação por terceiros de terras habitadas pelos indígenas e estabelecia, também, que os terceiros ocupantes não teriam direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a FUNAI (Fundação Nacional do Índio).

Em 19 de dezembro de 1973, foi publicada a Lei nº 6.001, que dispôs acerca do Estatuto do Índio, grande avanço na defesa dos direitos indígenas, inobstante o contexto ditatorial da sua elaboração. Desses direitos, alguns foram confirmados ou aperfeiçoados em momento ulterior pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), que traz inúmeros dispositivos direta ou indiretamente relacionados aos indígenas, quais sejam: art.

20, XX; 22, XIV; 109, XI; 129, V; 210, § 2º; 215, § 1º; 231 e 232.

3. O direito fundamental às terras indígenas na Constituição Federal de 1988

Entre os direitos indígenas reconhecidos pela Carta Magna de 1988, merece um estudo pormenorizado o direito fundamental às terras, posto ser esse o principal alvo das reivindicações das comunidades indígenas nacionais, como bem aponta Souza Filho (2005, p. 119): “O direito à terra, entendida como o espaço de vida e liberdade de um grupo humano, é a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos”.

Impende mencionar que o artigo 231, *caput*, da CF/88 prevê o reconhecimento aos índios dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens. Avulta-se que o direito dos indígenas às terras pode ser classificado como direito coletivo, pois pertence a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis unidas por uma relação jurídica-base. Nesse sentido, pronunciam-se Alterini, Corna e Vázquez (2005, p. 104):

“En verdad, la Convención 169 no plantea la alternativa entre propiedad individual y colectiva (o comunitaria), a diferencia de la nº 107 que sí lo hacía, y es obvio que ello obedece a que descarta la propiedad indígena individual, pues el único titular que admite es el pueblo interesado, y ello, en todos los artículos atinentes a las tierras. Es de toda lógica, que si el único sujeto es el pueblo interesado, mal pueden existir derechos de propiedad particular en favor de individuos a los que aisladamente no se les reconoce la condición de sujetos de esa titularidad.”

3.1. Classificação das terras indígenas

Analizando a *Lex Mater*, observa-se, inicialmente, que as terras tradicionalmente

ocupadas pelos índios são bens da União como incursão no artigo 20, inciso XI. À luz da classificação dos bens públicos proposta pela doutrina pátria e do artigo 231, § 4º, da CF/88, que estabelece que “as terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”, observa-se que as terras indígenas são bens públicos de uso especial. Adite-se que o artigo 231, § 2º, da Carta Política, prevê que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente.

Ora, o Poder Constituinte Originário atribuiu destinação expressa às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, que, pela análise do § 4º do art. 231, se submetem ao regime jurídico de bens públicos. Destaque-se que existem manifestações isoladas que divergem desse entendimento, a exemplo de Tourinho Neto (1993), que defende serem as terras indígenas bens dominicais. Para espantar qualquer dúvida, invoca-se o magistério de Di Pietro (2002), que aclara serem os bens de uso especial todas as coisas utilizadas pela Administração Pública para realização de suas atividades e consecução de seus fins. Ressalta-se que os bens de uso especial estão afetados à realização de um serviço público, devendo-se entender essa expressão em sentido amplo, para abranger toda atividade de interesse geral exercida sob autoridade ou fiscalização do Poder Público, nem sempre se destinando ao uso direto pela Administração, podendo ter por objeto o uso de particular como, por exemplo, a terra dos indígenas.

Em virtude de sua afetação a fins públicos, os bens de uso especial, a exemplo das terras indígenas, estão fora do comércio jurídico de Direito Privado; ou seja, enquanto mantiverem essa destinação, não podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo Direito Privado, pois se submetem a um regime jurídico próprio, que tem como características a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração.

A inalienabilidade dos bens de uso comum e de uso especial está expressamente prevista no artigo 100 do Código Civil, que prevê que esses bens são inalienáveis enquanto conservarem a sua qualificação.

A impenhorabilidade é uma consequência da previsão inserta no artigo 100 da CF/88, que estipula que há uma forma específica para satisfação de créditos contra o Poder Público inadimplente. Os bens públicos não podem ser penhorados para saciar o credor. Logo, esses bens não podem ser gravados com direitos reais de garantia, pois seria inconsequente qualquer oneração nesse sentido.

A imprescritibilidade significa que os bens públicos, independentemente da categoria a que pertençam, não são suscetíveis de usucapião. A *Lex Fundamentalis*, em seu artigo 191, parágrafo único, reza que “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

No que diz respeito, especificamente à intangibilidade das terras indígenas, Ferreira (2002, p. 577, grifo nosso) elucida que, *in verbis*:

“As terras habitadas tradicionalmente pelos índios constituem bens públicos federais e são por consequência intangíveis. A Constituição prescreve que tais terras são inalienáveis e indisponíveis, bem como imprescritíveis os direitos sobre elas. Assim sendo, as terras ocupadas pelas comunidades indígenas caracterizam-se por sua inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Também as terras indígenas são imunes à ação expropriatória do Poder Público, conforme a Lei federal nº 6.001/73, art.38. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constituem *res extra commercium*, uma vez que não podem ser objeto de arrendamento, ato ou negócio jurídico restritivo do pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas”.

O artigo 231, § 2º, da Carta Magna estatui que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Interpretando o artigo invocado, depreende-se que os índios não são proprietários das terras que ocupam, por essa razão, não podem aliená-las, nem sequer transferi-las, já que a Constituição afetou essas terras apenas ao uso pelos indígenas.

É de bom alvitre frisar que a União também não pode alienar as terras indígenas que são bens públicos de uso especial como anteriormente expedito, ainda que sobrevenha lei ou ato próprio do Executivo que objetive a desafetação desse bem, trespassando-o para a categoria de bens dominicais, pois, apesar de as terras dos índios serem bens públicos, não lhes podem ser aplicadas as normas que regulam a alienação de bens públicos, porque a própria Constituição destinou as terras indígenas à posse permanente pelos índios. Logo, não há como se admitir que uma norma infraconstitucional altere essa destinação, sob pena de ferir a hierarquia normativa existente no Direito Positivo brasileiro.

Aos índios é assegurada a posse permanente das terras que ocupam sem que haja fixação de limite temporal; por essa razão, é inadmissível sua perda para terceiros, mesmo que estejam de boa fé, sendo de nenhum valor um título de propriedade que afronte o domínio da União ou a posse dos índios. O artigo 231, § 6º, da Constituição Federal estabelece que “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 [...]. Acerca da posse das terras indígenas, Souza Filho (2005, p. 121) faz importantes considerações:

“Utilizando institutos jurídicos existentes e complexos, como a diferença entre posse e propriedade, a lei brasileira logrou criar uma situação especial para os povos indígenas e

seus territórios, fazendo-os de propriedade pública, estatal, e posse privada, mas coletiva, não identificável individualmente. O conceito jurídico de terra indígena, portanto, foi construído a partir da realidade, a ocupação da área pelo povo indígena, mas caracterizou-a como um atributo jurídico, a posse. No sistema jurídico brasileiro atual, a terra indígena é propriedade da União Federal, mas destinada à posse permanente dos índios, a quem cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes."

Silva (1993) aduz que a outorga constitucional das terras indígenas ao domínio da União objetiva preservá-las e manter o liame que se acha embutido no artigo 20, inciso XI, da Constituição Federal, quando reza que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se uma propriedade vinculada ou reservada que colima garantir os direitos dos índios sobre elas. O eminentemente constitucionalista conclui, assim, que essas terras são inalienáveis e indisponíveis e que os direitos sobre elas são imprescritíveis.

3.2. Direito às terras indígenas: direito natural?

Repise-se que as terras indígenas são bens da União vinculados ao cumprimento dos direitos indígenas sobre elas, previstos constitucionalmente como direitos originários nos termos do artigo 231, *caput*, CF/88.

É relevante interpretar a expressão *direitos originários* inserta no art. 231, *caput*, da CF/88. A maioria dos juristas entende que o Poder Constituinte Originário objetivou, ao utilizar o vocábulo *originários*, elucidar que o direito dos índios sobre as terras que ocupam antecede qualquer ato administrativo do Governo que objetive seu reconhecimento, logo, esse direito seria natural, posto que antecederia ao Direito Positivo, evocando, para tanto, o instituto do Indigenato. Essa corrente doutrinária afirma, ainda, que

o direito à terra dos indígenas é um direito primitivo, ou seja, conservado desde as origens, pois, como cediço, os índios eram os donos primitivos e naturais das terras que viriam a formar o Brasil.

Nessa senda, Leitão (1993, p. 67) se manifesta ao analisar o artigo sob comento:

"Isto quer dizer que o reconhecimento feito pela Constituição de 1988 é no sentido de afirmar que, presentes os elementos necessários para definir uma determinada sorte de terra como indígena (quais sejam aqueles estabelecidos no § 1º), o direito a ela, por parte da sociedade indígena que a ocupa, existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo [...]."

Apesar da opinião de juristas de escol, adota-se neste artigo o posicionamento contrário a essa corrente que defende que o Constituinte reconheceu como natural o direito dos índios à terra. Primeiramente, deve-se consignar que o sentido da expressão *direitos originários*, anteriormente exposto, foi capturado com a aplicação do método de interpretação literal, que resulta no desprezo absoluto do problema a reclamar resposta, posto que há extremo apego à *verba legis*. Falcão (1997) elucida que a interpretação literal não é sequer interpretação, mas tratar-se do ponto deflagrador do esforço hermenêutico.

É cediço que o melhor método de exegese é o lógico-sistemático. Nessa senda se posiciona Pontes Filho (2001), que apregoa que o correto seria o hermeneuta tentar alcançar a razão objetiva da lei, por meio de raciocínio lógico (dedutivo ou indutivo), sem perder a noção de que cada norma se encontra inserta em um determinado contexto normativo, dele sofrendo direta influência, principalmente de suas regras de maior hierarquia.

Dessa forma, abraçando o Positivismo e interpretando o artigo invocado, utilizando para tal desiderato a técnica lógico-sistemática, rechaça-se a tese de que o direito dos

indígenas à terra seja natural, já que sua proteção depende do processo administrativo de demarcação das terras indígenas ou, em caso de omissão do Poder Público, da utilização de ações judiciais.

Verifica-se que o Poder Constituinte Originário utilizou a expressão *direitos originários* no art. 231, *caput*, da CF/88, impregnando pela doutrina que classifica os modos de aquisição de direitos em originário e derivado. Existem autores que defendem que se adquirem direitos de modo originário quando não há relação entre o adquirente e o titular precedente, ou quando o direito não era de ninguém ao ser-lhe adquirido o domínio. Por outro lado, os modos de aquisição derivados são os que se baseiam na transferência do titular do direito ao adquirente (PEREIRA, 1993). No caso das terras indígenas, não há como negar que foram os índios seus primeiros titulares. Dessa forma, pronunciam-se Alterini, Corna e Vázquez (2005, p. 162): “[...] *dada su condición de primeros ocupantes, la legitimidad de la adquisición originaria de la propiedad por los pueblos indígenas es irreprochable, pues es sabido que la primera ocupación es fundamento suficiente del derecho*”.

É de bom alvitre destacar que o artigo 231, § 5º, da Carta Maior prevê o princípio da irremovibilidade dos índios de suas terras, só sendo admitida a remoção *ad referendum* do Congresso Nacional e tão-somente nas hipóteses de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional.

Partindo para uma análise minuciosa das normas constitucionais que prevêem o direito fundamental dos índios às terras, verifica-se que o artigo 231, *caput*, da Constituição Federal de 1988 reconhece os direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Logo, é imprescindível uma conceituação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

O fundamento do conceito encontra-se no artigo 231, § 1º, da *Lex Fundamentalis*, que

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

Inicialmente, deve-se esclarecer que a expressão *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* inserta no texto constitucional não significa ocupação imemorial, segundo interpretação baseada no Direito das Coisas, inobstante seja imprescindível a habitação em caráter permanente. É inofensável que o Poder Constituinte Originário não objetivou dizer que essas terras deveriam ser ocupadas pelos índios desde épocas tão longínquas que se perderam na memória. Enfim, tradicionalmente diz respeito ao modo tradicional de como os indígenas se relacionam com suas terras; ocupando-as e as utilizando segundo seus usos, costumes e tradições.

Remetendo-se para o artigo 231, § 1º, da Carta Maior, verifica-se que, quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso implica que deve ter havido uma ocupação efetiva. Esse direito configura, notavelmente, uma garantia para o futuro, pois essas terras são destinadas para o *habitat* dos indígenas.

3.3. Usufruto constitucional

O artigo 231, § 2º, da Constituição Federal determina que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

A Carta Magna atribui a nua propriedade dessas terras à União e simultaneamente conferiu aos índios o usufruto exclusivo de suas riquezas naturais, em outras palavras, o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos. Salta aos olhos que a União não possui o domínio pleno das ter-

ras indígenas, mas tão-somente a posse indireta, já que aos índios se impõe a posse direta e o usufruto constitucional.

O Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) prevê em seu art. 24 uma definição de usufruto indígena, *in verbis*:

"Art. 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades.

§ 1º Incluem-se, no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acrescidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais comprendidos nas terras ocupadas.

§ 2º É garantido ao índio o exclusivo exercício da caça e pesca nas áreas por ele ocupadas, devendo ser executadas por forma suásoria as medidas de polícia que em relação a ele eventualmente tiverem de ser aplicadas."

O direito de usufruto exclusivo previsto constitucionalmente significa que os indígenas podem tirar dos recursos naturais de suas terras todos os frutos, utilidades e rendimentos, desde que não comprometam a sua sustentabilidade ambiental.

Ressalta-se que o direito de usufruto não pode ser alienado pelos índios, o que não implica que os mesmos estejam compelidos a utilizar diretamente seus bens, pois eles podem fazer parcerias e ser assessorados por terceiros em projetos que objetivem a exploração de seus recursos naturais.

Consoante expendido anteriormente, as terras indígenas são inalienáveis; por essa razão, os índios não podem se envolver com projetos que ocasionem a perda da posse de suas terras ou que comprometam a sustentabilidade de seus recursos, pois o fundamento da posse das terras indígenas é a necessidade de utilização das mesmas. À guisa de argumentação, além de a Constituição vedar a alienação das terras indígenas,

o Estatuto do Índio proíbe a transferência da posse da terra indígena a terceiros, como incurso em seu art. 18, *caput*: "as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas".

Dentro da definição de usufruto exclusivo indígena, deve-se fazer distinção entre o uso dos recursos naturais para atender as necessidades internas das tribos indígenas em conformidade com seus usos, costumes e tradições e a produção de excedentes para comercialização ainda que objetive sua subsistência. Na primeira hipótese, os recursos e bens da área podem ser utilizados sem qualquer restrição. E na segunda hipótese, a extração desses excedentes deve seguir os padrões legais de proteção ambiental, ou seja, deve ser balizada pela legislação aplicável, mormente a legislação ambiental.

Nesse diapasão, notórios são os ensinamentos de Souza Filho (2005, p. 145), *in verbis*:

"O usufruto de suas terras, segundo seus usos, costumes e tradições, implica na possibilidade de, sem restrições, utilizar os bens e recursos da área. Portanto os indígenas podem fazer roça, aldeia, extraer lenha e alimentos para o uso da comunidade, sem qualquer restrição, porque restrições impostas administrativamente ou por lei, implicariam em inconstitucionalidade. Por outro lado, as populações indígenas produzem excedentes que comercializam para a aquisição de bens e serviços de que não dispõem internamente. A extração destes excedentes deve ser orientada segundo os padrões legais de proteção ambiental nacional, levando-se em conta as normas gerais aplicáveis [...]."

3.4. Processo de demarcação das terras indígenas

No tocante ao processo de demarcação das terras indígenas, frisa-se que esse é um

ato administrativo declaratório pelo qual são explicitados os limites do território tradicionalmente ocupado pelos índios. Trata-se de um dever da União previsto no art. 231, *caput*, da CF/88, que, além de demarcá-las, deve protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens, ressaltando que esses atos estão vinculados ao texto constitucional e por essa razão não podem deixar de ser promovidos.

Impende mencionar que o art. 65 do Estatuto do Índio estabeleceu um prazo de cinco anos para a conclusão do trabalho de demarcação das terras indígenas. Todavia, é patente que esse prazo foi ignorado. Ademais, o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) fixou igualmente um prazo de cinco anos para que a União concluisse a demarcação das terras indígenas. Novamente esse prazo foi desrespeitado. Entretanto, é forçoso concluir que o prazo estabelecido pelo Poder Constituinte Originário não era peremptório, mas tão-somente uma previsão aproximada do prazo para conclusão desses trabalhos.

O procedimento para identificação e delimitação, demarcação física, homologação e registro de terras indígenas está instituído no Decreto nº 1.775 de 8 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, firmando a competência do órgão federal, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), para iniciativa e orientação do procedimento.

O marco inicial do procedimento de demarcação é a identificação e delimitação de uma terra indígena, cujos critérios estão previstos no Decreto nº 1.775/96. Dessa forma, é designado um grupo técnico especializado pelo órgão federal de assistência ao índio, composto preferencialmente por servidores de seu quadro funcional, coordenado por um antropólogo, com o escopo de realizar estudos de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação, nos moldes do art. 2º, § 1º, do Decreto nº 1.775/96. É imprescindível a parti-

cipação da comunidade indígena durante toda a fase da demarcação e delimitação da terra a ser reconhecida administrativamente.

O grupo de técnicos elabora os estudos e levantamentos em campo, centros de documentação, órgãos fundiários municipais, estaduais e federais, e em cartórios de registros de imóveis, para produção do relatório circunstanciado de identificação e delimitação da área estudada. Após aprovação do relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, seu resumo é publicado, no prazo de quinze dias da data de seu recebimento, no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo ainda a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel, nos moldes do art. 2º, § 7º, do Decreto nº 1.775/96.

Deve-se frisar que o art. 2º, § 8º, do Decreto nº 1.775/96 estabelece que, desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação do resumo do relatório nos Diários da União e do Estado, poderão os Governos dos Estados e Municípios, em que se localize a área sob demarcação, e eventuais interessados manifestar-se, apresentando à FUNAI razões instruídas com todas as provas pertinentes, como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório.

Essas manifestações serão analisadas pelo grupo técnico do órgão federal de assistência ao índio, devendo os estudos e pareceres referentes a essas manifestações serem encaminhados para o Ministério da Justiça, que realizará uma análise da proposta da FUNAI e das razões apresentadas por aqueles que se manifestaram contra.

Em caso de desaprovação dos estudos feitos pela FUNAI, por parte do Ministro da Justiça, poderão surgir duas soluções distintas, quais sejam: 1º) o Ministro determi-

nará que sejam adotadas diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias; 2^{a)} por decisão fundamentada, limitada ao não atendimento do disposto no art. 231, §1º, da CF/88, poderá ser determinado o retorno dos autos ao órgão federal de assistência ao índio.

Por outro lado, se o Ministro da Justiça aprovar os estudos elaborados pela FUNAI, declarará, por meio de portaria, os limites da terra indígena e determinará sua demarcação, consoante apregoa o art. 2º, § 10º, inciso I, do Decreto nº 1.775/96.

A demarcação física configura a fase em que se concretizam, em campo, os limites da terra indígena, nos termos preconizados na Portaria declaratória expedida pelo Ministério da Justiça. Neste instante, realiza-se um levantamento dos custos necessários para a demarcação das terras declaradas, elege-se uma forma de demarcação, efetua-se a demarcação propriamente dita, além da fiscalização e recebimento dos serviços executados.

O art. 5º do Decreto nº 1.775/96 reza que “a demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto”. Depreende-se, portanto, que a homologação se opera mediante expedição de um decreto pelo Presidente da República.

O procedimento administrativo de regularização de uma terra indígena encerra com seu registro no Cartório Imobiliário da Comarca onde o imóvel esteja situado e na Secretaria de Patrimônio da União (SPU) do Ministério da Fazenda, o que deverá ser feito pela FUNAI nos trinta dias seguintes à publicação do decreto de homologação, como incuso no art. 6º do Decreto nº 1.775/96.

Salienta-se que, quando for constatada a presença de ocupantes não-índios na terra indígena, deverão ser realizados, na fase de identificação e delimitação, levantamentos fundiários, socioeconômicos, documentais e cartoriais, assim como a avaliação das benfeitorias existentes nessas ocupações.

Os levantamentos realizados sobre as ocupações não-indígenas deverão ser analisados para que seja julgada a boa-fé das mesmas, por meio da Comissão Permanente de Sindicância, criada pelo Presidente da FUNAI, que divulga a decisão através de Resolução publicada no Diário Oficial da União. É importante mencionar que o pagamento das benfeitorias oriundas das ocupações de boa-fé se dá com base em programação orçamentária disponibilizada para essa causa final pela União.

No que tange à natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena, vale ressaltar que é um ato declaratório. Invocam-se os sábios ensinamentos de Di Pietro (2002, p. 216-217) acerca da classificação dos atos administrativos quanto aos seus efeitos, *in verbis*:

“Quanto aos efeitos, o ato administrativo pode ser *constitutivo*, *declaratório* e *enunciativo*. Ato *constitutivo* é aquele pelo qual a Administração cria, modifica ou extingue um direito ou uma situação do administrado. É o caso de permissão, autorização, dispensa, aplicação de penalidade, revogação. Ato *declaratório* é aquele em que a Administração apenas reconhece um direito que já existia antes do ato. Como exemplo, podem ser citadas, a admissão, licença, homologação, isenção, anulação. Ato *enunciativo* é aquele pelo qual a Administração atesta ou reconhece determinada situação de fato ou de direito [...]” (grifo original).

Tanto é verdade que, no art. 2º, § 10º, inciso I, do Decreto nº 1.775/1996, há expressa referência ao caráter declaratório desse reconhecimento ao determinar que o Ministro da Justiça, após aprovados os trabalhos de identificação a cargo do órgão indigenista federal, declarará, mediante portaria, os limites da terra indígena, determinando a sua demarcação. Nessa esteira, Raimundo Leitão (1993, p. 67) se posiciona:

“A demarcação de uma terra indígena, fruto do reconhecimento feito pelo

Estado, portanto, é ato meramente declaratório, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia, do dispositivo constitucional, que impõe ao Estado a obrigação de protegê-la [...].”

Ressalta-se que admitir como declaratória a natureza do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena não significa compreender que o direito fundamental dos indígenas sobre suas terras seja natural. Diz-se que esse ato é declaratório por reconhecer o direito dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas, garantido pelo art. 231 da CF/88.

A inexiste ncia de demarcação de terra indígena pelo procedimento administrativo de reconhecimento em virtude da omis s o do Poder P blico gera inseguran a jurídica para a comunidade indígena. A ausênc ia da constituição do direito sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam, que configura uma obrigação da União prevista constitucionalmente, autoriza o direito de requerer do Estado a prestação da atividade jurisdicional colimando suprir essa falta.

A importânc ia da demarcação é inquestionável na medida em que n o apenas irá garantir a proteção das terras como meio de sustento, mas também como preservação da própria cultura indígena. Nesse sentido, Alasino (apud, ALTERINI; CORNA; VÁZQUEZ, 2005, p. 144) afirma que:

“El despojo de las tierras ha significado muchas veces la desaparición misma de los pueblos. Ello porque las tierras no constituyen sólo una demarcación administrativa, sino que representación de un vínculo histórico, religioso, espiritual, que sobrepasa lo meramente jurídico formal. Por eso, el derecho de propiedad debe procurarse, atendiendo no sólo a la tierra como factor de producción y medio de subsistencia sino también como elemento indispensable para la preservación y el desarrollo de la identidad étnica y cultural.”

Por outro lado, é sabido que a ação é o direito do particular de requerer a tutela jurisdicional. Sua classificação dependerá da tutela invocada. A ação será de conhecimento se pretender a solução de uma lide. Esta por sua vez tem por espécies a ação declaratória, a condenatória e a constitutiva. Santos (2002, p. 53), em abordagem sobre a ação declaratória, elucida que “[...] chama-se, porém, simplesmente declaratória a ação que apenas declara a existência ou inexiste ncia de relação jurídica [...]”.

Ressalte-se que a ação declaratória é o remédio processual adequado para satisfazer a pretensão de uma comunidade indígena em obter o reconhecimento da terra por ela ocupada. Dessa maneira, deverão ser observadas as condições da ação para sua propositura, quais sejam: possibilidade jurídica do pedido (art. 295, parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil); a legitimidade para a causa (art. 295, inciso II, do Código de Processo Civil); e o interesse processual (art. 295, inciso III, do Código de Processo Civil).

Ademais, também deverão estar presentes os pressupostos processuais, que, quanto às partes, são a capacidade para ser parte, a capacidade para estar em juízo e a capacidade para postular em juízo. Em relação a esse último pressuposto, urge invocar o art. 232 da Carta Maior, que apregoa: “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério P blico em todos os atos do processo”.

3.5. Intervenção de terceiros em área indígena

No que tange à intervenção indevida de terceiros em área indígena, o art. 231, § 6º, da Carta Magna firma que, *ipsis litteris*:

“São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos

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

A lei mencionada no dispositivo constitucional se refere à regulamentação do processo e ao pagamento das benfeitorias, assim como a quais as espécies de benfeitorias deverão ser indenizadas. Destaque-se que, até o presente momento, essa lei não foi editada, razão pela qual deve ser aplicado subsidiariamente o Código Civil naquilo que for compatível.

Assim, é forçoso concluir que é possível a indenização aos posseiros de boa-fé por benfeitorias necessárias e úteis, assim como o direito de levantamento das benfeitorias voluptuárias, caso seja possível a retirada dessas sem causar qualquer dano. Nesse diapasão é uníssono o entendimento dos tribunais pátrios. Impende aclarar que a boa-fé na ocupação de terras indígenas está ligada à ignorância por parte do posseiro de que aquela é uma área indígena.

Quanto à apuração do valor das benfeitorias, somente um avaliador poderá utilizar os critérios técnicos que levem ao valor indenizatório, que deverá ser o valor atual das benfeitorias tendo como premissa o mercado da terra mais próximo ao imóvel. Acresce-se que, após o recebimento da indenização, ao posseiro se atribui a obrigação de restituir a terra indígena. Conforme anteriormente delineado, a União responsabilizar-se-á pelo pagamento das benfeitorias.

4. Conclusão

A exclusão dos índios brasileiros do exercício dos seus direitos, especialmente do direito à terra, ficou evidenciada com a análise histórica da política indigenista adotada desde os tempos da colonização portuguesa, tornando-se clara a necessidade de

uma mudança de paradigmas que seja coerente com o nosso atual regime democrático, que demanda o respeito à dignidade e a igualdade de todos os seres humanos.

A omissão estatal na sua tarefa de demarcação das terras indígenas constitui uma grave afronta aos direitos dessas comunidades, pois, além de gerar insegurança jurídica sobre quais são as terras que devem ser protegidas, coloca em risco a sobrevivência da própria cultura indígena brasileira, que depende diretamente da terra para sua existência.

Referências

- ALTERINI, Jorge H.; CORNA, Pablo M.; VÁZQUEZ, Gabriela A. *Propiedad Indígena*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 2005.
- BRASIL. Decreto, n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. *Presidência da República*, Brasília, 1996. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 out. 2005.
- _____. Lei, n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. *Presidência da República*, Brasília, 2002. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 7 out. 2005.
- _____. Lei, n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. *Presidência da República*, Brasília, 1973. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 7 out. 2005.
- _____. Lei, n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o estatuto do índio. *Presidência da República*, Brasília, 1973. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 7 out. 2005.
- _____. Lei, n. 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. *Presidência da República*, Brasília, 1850. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 out. 2005.
- CAMPANHOLE, Adriano. CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições do Brasil. São Paulo: Atlas, 1998.
- COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu A. *História do Brasil*. 11. ed. São Paulo: Scipione, 1999.

- CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva , 2002.
- FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). Os índios. *Presidência da República*, Brasília, 2005. Disponível em: <<https://www.funai.gov.br/>>. Acesso em: 14 set. 2005.
- LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena: a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.
- MOONEN, Francisco. *Pindorama conquistada: repensando a questão indígena no Brasil*. João Pessoa: Alternativa, 1983.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- PONTES FILHO, Valmir. *Curso fundamental de direito constitucional*. Dialética: São Paulo, 2001.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2005.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.