

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
MARIA ELIZA NOGUEIRA DA SILVA

TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS:
Fundamentos para uma aplicação limitada da Súmula 650 do STF

BELÉM-PARÁ
2007

MARIA ELIZA NOGUEIRA DA SILVA

TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS:

Fundamentos para uma aplicação limitada da Súmula 650 do STF

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como parte dos requisitos para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos

Linha de Pesquisa: Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Professor Doutor Paulo Sérgio Weyl de Albuquerque

BELÉM-PARÁ

2007

MARIA ELIZA NOGUEIRA DA SILVA

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, avaliada pela Comissão constituída pelos professores:

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Paulo Sérgio Weyl de Albuquerque
Instituto de Ciências Jurídicas, UFPa - Orientador

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
Faculdade de Direito, UNB

Professora Doutora Jane Beltrão
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UFPa

*Para minha mãe, Benedita Made, que de tudo abriu mão para que seus filhos pudessem alcançar os estudos que ela não teve.
A ti, todo meu amor.*

AGRADECIMENTOS

Completando mais uma etapa de minha jornada, aproveito para demonstrar minha gratidão àqueles que em todas as situações acreditaram em mim, dispensando total apoio e carinho, elementos indispensáveis para que eu chegasse até aqui.

Aos meus pais Antonio Jorge e Benedita Made; irmãos João Elias, Antonio Luiz e Antônio; e sobrinha Luiza Nogueira.

Ao André Cabral que me presenteou com sua racionalidade científica, rendendo longos e proveitosos debates.

Ao meu orientador Prof. Dr. Paulo Weyl por me oportunizar a grande honra de compartilhar seus conhecimentos e sua amizade.

À Profa. Dra. Jane Beltrão, amiga sempre disposta a contribuir com a formação do conhecimento.

Ao Prof. Dr. Antônio Maués a quem serei eternamente grata pelos proveitosos anos de iniciação científica.

Aos amigos Paula Koury e Gustavo Mendes, meus grandes aliados nos momentos de dificuldades e companheiros insubstituíveis nas alegrias, sem os quais esse estudo não teria se concluído.

Aos amigos que acompanharam meu trabalho Cintia Cecílio, Maria de Jesus Miranda, Wanuza Maués, Danielle Viegas, Elga Lustosa, Osival Dantas, Flávio Rocha, Josnei Pinto.

SUMÁRIO

RESUMO	v
ABSTRACT	vii
1 INTRODUÇÃO	1
1.1 OBJETIVO.....	3
1.2 METODOLOGIA.....	4
1.3 ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO.....	5
2 A FORMAÇÃO DO ESTADO PLURIÉTNICO E O RESPEITO AOS DIREITOS INDÍGENAS	6
2.1 O PLURALISMO COMO UM ELEMENTO DA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA.....	6
2.2 A CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DAS MINORIAS SOCIAIS.....	7
2.2.1 A proteção constitucional dos direitos indígenas	8
2.2.2 O direito ao reconhecimento das “terras tradicionalmente ocupadas”	12
3 O QUE SE ENTENDER POR TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS? UMA RECONSTRUÇÃO A PARTIR DAS DECISÕES DO STF	16
3.1 A SÚMULA 480 E SEUS PRECEDENTES.....	16
3.1.1 O julgamento da Apelação Cível n.º 9620 e a retração dos fundamentos apresentados pelo STF	20
3.2 A INSUFICIÊNCIA DOS TÍTULOS DE DOMÍNIO E DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DE OCUPAÇÃO INDÍGENA EXPEDIDAS PELA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI).....	23
3.2.1 Argumentos apresentados no debate após o advento da Constituição de 1988	32
3.2.1.1 Argumentos (re)apresentados no voto vencido do Ministro Marco Aurélio	35

3.2.1.2	Os contra-argumentos do voto vencedor do Ministro Ilmar Galvão.....	40
3.3	A INTERPRETAÇÃO DO STF NAS AÇÕES CÍVEIS ORIGINÁRIAS (ACOr).....	42
4	AS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS E OS ALDEAMENTOS EXTINTOS: A SÚMULA 650 DO STF E SEUS PRECEDENTES.....	51
4.1	AS TERRAS DE ÍNDIOS E AS TERRAS DEVOLUTAS.....	52
4.2	A SÚMULA 650 E SEUS PRECEDENTES.....	60
4.2.1	Usucapião e terras indígenas.....	61
4.2.2	A Súmula 650 e seus objetivos uniformizadores.....	63
4.2.3	Ação de usucapião e os aldeamentos de índios e São Miguel e Guarulhos.....	70
4.2.3.1	O posicionamento da Segunda Turma do STF acerca da competência da Justiça Federal.....	71
4.2.3.2	O posicionamento da Primeira Turma do STF acerca da ausência de interesse da União e competência da Justiça Estadual.....	72
4.2.3.3	Os precedentes da Súmula 650.....	74
5	OS LIMITES DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 650 DO STF.....	79
5.1	A INSUFICIÊNCIA DOS PARADIGMAS LIBERAIS E NORMATIVISTAS PARA SOLUCIONAR LIDES ENVOLVENDO TERRAS INDÍGENAS.....	82
5.2	OS LIMITES IMPOSTOS PELA FATICIDADE E HISTORICIDADE DO CASO CONCRETO.....	86
5.2.1	Os índios Guaianases de Piratininga.....	87
5.2.2	Os índios Guarulho.....	89
5.2.3	Os aldeamentos de São Miguel e Guarulhos.....	90
5.2.4	As identidades indígenas emergentes.....	92
5.3	CONVENÇÃO 169 – OIT E ORIENTAÇÕES DA AGENDA 21.....	93

5.4	LIMITES IMPOSTOS PELAS DEMAIS INTERPRETAÇÕES DO STF ACERCA DO TERMO “ <i>TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS</i> ”	96
6	CONCLUSÕES	98
7	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100
	APÊNDICE A	104

RESUMO

O pluralismo é uma marca da democracia contemporânea e a Constituição de 1988 representou um importante avanço na proteção das diversidades no Brasil, consagrando a multiplicidade de idéias, culturas e etnias, e pressupondo o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes. Neste contexto, os povos indígenas adquiriram o direito à alteridade, ou seja, foram respeitadas as suas especificidades étnico-culturais, garantindo-lhes o direito de serem e permanecerem índios. A delimitação, a desintração e a proteção de um espaço territorial adequado para os diferentes povos indígenas são consideradas como uma condição essencial para a sobrevivência física e cultural desses grupos.

O presente trabalho pretende, então, analisar a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Súmula 650, acerca do termo “terras tradicionalmente ocupadas por índios” (CF/88 art. 231, §§ 1º e 2º), de forma a compreender o seu alcance e os seus limites de aplicação. Para tanto, inicialmente, foi reconstruído o itinerário do conceito nos julgados do STF, analisando-se as decisões que trataram do tema. O marco inicial é a Súmula 480 e seus precedentes e o final, a Súmula 650, com a análise dos casos que a conformaram. Como resultado, verificou-se que, nas decisões anteriores à Súmula 650, o Tribunal se afastou do conceito civil de posse para contemplar um conceito de posse indígena, no qual a atualidade pode ser secundária, diante de provas que comprovem a ocupação tradicional. Da análise dos precedentes da Súmula 650, constatou-se que o julgamento envolveu um contexto histórico específico, onde os povos indígenas estavam extintos. Por outro lado, foram utilizados argumentos generalizantes que se indiscriminadamente aplicados poderão causar sérios prejuízos aos direitos territoriais indígenas, sobretudo quanto à restituição de terras tradicionais. A partir dos resultados, concluiu-se que o Enunciado da Súmula 650 não pode ser aplicado de forma generalizada, apresentando-se como fundamentos para uma aplicação limitada a faticidade e historicidade do caso concreto; a Convenção 169 da OIT e orientações da Agenda 21; e as demais interpretações do STF acerca do termo “terras tradicionalmente ocupadas”.

Palavras-chave: Direito indígena. Terras tradicionalmente ocupadas. Aldeamentos extintos.

ABSTRACT

The pluralism is a mark of the contemporary democracy and the Constitution of 1988 represented an important progress in the protection of the diversities in Brazil, consecrating the multiplicity of ideas, cultures and ethnic groups, and presupposing the dialogue between opinions and divergent thoughts. In this context, the indigenous people acquired the right of have its culture recognized, in other words, their ethnic-cultural specificities were respected, guaranteeing them the right to be and to remain as Indians. The delimitation and the protection of an appropriate territorial space for the different indigenous people are considered as an essential condition for the physical and cultural survival of those groups. The present work intends, then, to analyze the interpretation adopted by Federal Supreme Court of Brazil (Supremo Tribunal Federal - STF) in a document named Súmula 650, concerning the term "Native Lands" (Federal Constitutions of Brazil/1988 art. 231, §§ 1st and 2nd), in way to understand its reach and application limits. For this, initially, the itinerary of the concept was rebuilt on STF, analyzing the decisions concerning this subject. The initial landmark of this discussion is the document named Súmula 480 and his precedents, and the end is the Súmula 650, including the analysis of the cases that it conformed. As a result, was verified, that in the decisions before Súmula 650, the Court moved away from the civil concept of possession to contemplate a concept of native possession, in which the present time can be secondary, faced with evidences that attest the traditional occupation. From the precedents analysis of the Súmula 650, was verified that the judgment involved a specific historical context, in which the native people were extinct. On the other hand, generalizing arguments has been used and if they are indiscriminately applied they are supposed to cause serious damages to the native territorial rights, especially related to the restitution of traditional lands. From the results, it is possible to conclude that the Title of the Súmula 650 cannot be applied in generalized way, it must be presented as ground for an application limited to the facts related and historicity of the concrete case; the Convention 169 of the OIT and orientation of the "Agenda 21"; and the other interpretations from STF about the term "Native Lands".

Key Words: Indigenous law, Extinct Villages, Native Lands.

1 INTRODUÇÃO

O pluralismo é uma marca da democracia contemporânea e apesar de não ter um significado único entre os que tentam compreendê-lo, é comum a crença na possibilidade de formulação e justificação de um ideal de justiça adequado ao pluralismo moderno, considerando-se, sobretudo, o papel da Constituição, da efetivação de seus direitos fundamentais e da atuação do Poder Judiciário para a preservação das diferenças na democracia moderna (CITTADINO, 1999).

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) representa um marco para a proteção do pluralismo no Brasil, pois consagrou a democracia pluralista, reconhecendo que deve ser respeitada a diversidade de idéias, culturas e etnias, pressupondo-se o diálogo entre opiniões divergentes e a possibilidade de convivência entre diferentes formas de organização e interesses na sociedade (CF/88 artigo 1º, inciso V; artigo 17; artigo 206, inciso III).

A Carta Constitucional vigente destaca-se pela incorporação em seu texto de normas que não apenas declaram o pluralismo e a diversidade cultural, mas que buscam a concretização dos referidos direitos por meio da proteção de grupos minoritários, como negros, mulheres e indígenas. A Constituição garante a existência e reprodução cultural das minorias sociais, impondo ao Estado ações positivas para a consecução de tal fim, como por exemplo, a demarcação das terras tradicionais indígenas (CF/88, artigo 231).

Com a necessidade da preservação do pluralismo, surge a preocupação com a proteção de grupos minoritários dentro de sociedades marcadas pela prevalência do poder político majoritário, tornando-se fundamental a busca de meios que evitem os prejuízos que possam ser causados pela maioria em detrimento de uma minoria desprotegida. Assim, aos Tribunais Constitucionais é atribuída a função não somente de proteger a Constituição contra os atos do poder no domínio individual, mas também de proteger os direitos constitucionais das minorias.

No que tange aos direitos indígenas, a Constituição Federal de 1988 declarou o direito dos índios a sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (CF/88, artigo

231). No capítulo VII, intitulado “Dos Índios” são delineadas as bases políticas que regulam as relações entre os diferentes povos indígenas, o Estado e a sociedade.

Foi garantido, por outro lado, o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (CF/88, § 2º do artigo 231). Destaca-se que a Constituição incorporou a tese da existência de relação jurídica entre os índios e as terras anteriormente à formação do Estado Brasileiro.

O texto constitucional de 1988 foi o primeiro a reconhecer de forma explícita a diversidade étnica e criar mecanismos de proteção para os valores culturais indígenas e suas formas de organização social.

A concretização dos direitos constitucionalmente consagrados passou, então, a ser o desafio para aqueles que se dedicam às questões indígenas.

Considerando-se a Justiça Constitucional como instrumento de concretização dos direitos indígenas, relevante se faz a análise dos argumentos apresentados nas decisões dos Tribunais em casos que envolvam tais direitos.

A base do respeito à autonomia indígena é o reconhecimento dos direitos originários e imprescritíveis de posse permanente da terra e o usufruto exclusivo das riquezas naturais existentes no solo, rios e lagos das suas terras de ocupação tradicional (ALBERT, 1992).

Diante deste contexto, mostra-se imprescindível o estudo da interpretação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na análise das questões relacionadas à definição das terras tradicionalmente ocupadas, especialmente quanto aos aldeamentos indígenas extintos.

A importância do tema é ressaltada quando consideramos que as decisões do STF representam a última instância da interpretação constitucional brasileira, influenciando as demais esferas do Poder Judiciário e do Poder Executivo envolvidas no processo de reconhecimento das terras indígenas.

As Súmulas editadas pelo STF, por sua vez, representam a busca de uniformização das decisões do Tribunal a respeito de uma determinada matéria, sendo relevante a análise dos argumentos que as fundamentaram, pois representam a compreensão do STF acerca do assunto sumulado, esclarecendo a interpretação adotada para os casos postos sob sua análise.

A Súmula 650 preceitua 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”.¹

Nos Recursos Extraordinários² que serviram de precedentes para a Súmula, a União pleiteia que terras pertencentes a antigos aldeamentos sejam consideradas como tradicionalmente ocupadas pelos índios, enquadrando-as no art. 20, inciso XI da CF/88.³

As referidas decisões são referências fundamentais, pois definem o entendimento do STF acerca das regras definidoras do domínio dos incisos I e XI do art. 20 da CF, definindo o alcance das “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, nos casos que envolverem aldeamentos indígenas extintos.

Ressalte-se que tal interpretação não se limita ao reconhecimento das terras com fins de identificar o domínio da União, porém também para reconhecer aos índios os direitos originários que não estejam sob posse direta das terras pleiteadas como tradicionalmente ocupadas.

Neste sentido, a Súmula 650 do STF e seus fundamentos vêm sendo utilizados em ações que questionam a demarcação de terras em aldeamentos extintos, a partir de uma interpretação que exclui da definição de “terras tradicionalmente ocupadas” os territórios que abrigaram em tempos remotos aldeamentos indígenas.

1.1 OBJETIVO

No presente trabalho pretende-se analisar a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Súmula 650, acerca do termo “terras tradicionalmente ocupadas por índios” (CF/88 art. 231, §§ 1º e 2º), de forma a compreender o seu alcance e os seus limites de aplicação.

Especificamente, pretende-se (a) analisar a interpretação do Supremo Tribunal Federal na definição de “terras tradicionalmente ocupadas”, reconstruindo o conceito a partir de decisões que direta ou indiretamente trataram do tema; (b)

¹ Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal, publicada no Diário de Justiça de 09/10/2003.

² Recurso Extraordinário n. 219.983-3, publicado no Diário de Justiça de 17/09/1999 e Recurso Extraordinário n. 249.705-3, publicado no Diário de Justiça de 01/10/1999.

³ Art. 20. São bens da União:

(...)

XI- As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.”

analisar os precedentes da Súmula 650 do STF e os argumentos que basearam a tomada de decisão, de forma a compreender o seu alcance no que tange aos aldeamentos extintos; (c) Identificar limites para a aplicação da Súmula 650.

1.2 METODOLOGIA

Para realização do presente trabalho, selecionou-se 72 acórdãos (APÊNDICE A) por meio de pesquisa de jurisprudência no site oficial do Supremo Tribunal Federal, www.stf.gov.br, consultando-se as decisões proferidas a partir de 1950 até a data do último acesso, qual seja 03/07/2007.

Diante das informações obtidas no setor de jurisprudência do STF de que algumas decisões não estariam disponíveis no site oficial, em razão de problemas na digitalização dos documentos, foi realizada pesquisa complementar no Ementário do STF, disponível na Biblioteca Ministro Vítor Nunes Leal, contendo todos os acórdãos proferidos pelo Tribunal. A pesquisa, porém, foi realizada a partir das decisões do ano de 1950.

Os documentos analisados no presente estudo foram fotocopiados ou digitalizados a partir do referido Ementário, portanto, as referências das citações no decorrer do texto correspondem à página do Ementário na qual se encontra.

Os acórdãos disponíveis no site foram digitalizados a partir dos documentos constantes no Ementário, assim, o leitor encontrará as citações localizando a página correspondente do acórdão selecionado.

Para a pesquisa foram utilizadas as expressões de busca: “aldeamento indígena”, “terras tradicionalmente ocupadas”, “Súmula 650” e “terra indígena”, com os respectivos plurais. Como a expressão de busca “terra indígena” era mais ampla, e os acórdãos localizados englobavam as das demais, optou-se pela análise das decisões a partir de tal termo.

Após a consulta dos acórdãos, foram selecionados aqueles em que STF interpretou, mesmo que de maneira indireta, o conceito de terras ocupadas por índios. O marco inicial do estudo será a Súmula 480 do STF e seus precedentes, que remontam aos anos de 1958⁴, 1961⁵ e 1969⁶. O termo final da análise será a Súmula 650, com a análise dos casos que a conformaram.

⁴ Mandado de Segurança nº. 16443, publicado no DJ de 29/03/1958, RTJ 49/758.

⁵ Recurso Extraordinário nº. 44585, publicado no DJ de 12/10/1961, RTJ 49/758.

Os acórdãos foram agregados sob os seguintes temas: (1) Súmula 480 do STF e seus precedentes, (2) A insuficiência dos títulos de domínio e das certidões negativas de ocupação indígena expedidas pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), (3) Interpretação do STF nas Ações Cíveis Originárias e (4) Precedentes da Súmula 650.

1.3 ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO

Esta dissertação está dividida em seis capítulos, sendo o primeiro uma introdução sobre o trabalho, trazendo os seus objetivos e o resumo da metodologia aplicada.

O segundo capítulo busca apresentar a trajetória dos direitos territoriais indígenas no Brasil, ressaltando a importância do reconhecimento e proteção das terras tradicionais, bem como a atualidade do tema.

O terceiro capítulo reconstrói a interpretação do termo “terras tradicionalmente ocupadas por índios” segundo o Supremo Tribunal Federal. Para tanto, analisaram-se os argumentos apresentados em decisões que mesmo de forma indireta, trataram da matéria. O marco inicial para o estudo é a Súmula 480 do STF e seus precedentes.

O quarto capítulo analisa a Súmula 650 do STF e seus precedentes, buscando compreender o seu alcance, especialmente no que se refere aos aldeamentos extintos.

O quinto capítulo busca identificar os limites dos argumentos apresentados nos precedentes da Súmula 650 do STF, salientando os prejuízos de uma interpretação generalizante e propondo, ao final, fundamentos para uma aplicação limitada.

O sexto capítulo apresenta as conclusões do presente estudo.

⁶ Apelação Cível nº. 9620, publicado no DJ de 27/06/1969, RTJ 49/758.

2 A FORMAÇÃO DO ESTADO PLURIÉTNICO E O RESPEITO AOS DIREITOS INDÍGENAS

2.1 O PLURALISMO COMO UM ELEMENTO DA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

O pluralismo é uma marca da democracia contemporânea⁷, não tendo, entretanto, um significado unívoco por parte daqueles que tentam compreendê-lo.

Há, pelo menos, duas significações para o pluralismo: a) como descrição das concepções individuais a respeito da vida digna; b) como forma de assinalar a multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico. A primeira concepção é fornecida pelos liberais, enquanto que a segunda é marcadamente comunitarista.

Existe, porém, uma terceira corrente doutrinária que busca a fusão da subjetividade e da intra-subjetividade para definir o pluralismo, que é a crítico-deliberativa. Entretanto, todas as concepções acreditam que seja possível formular e justificar um ideal de justiça adequado ao pluralismo moderno, levando em consideração, sobretudo, o papel da Constituição, da efetivação de seus direitos fundamentais e da atuação do Poder Judiciário para preservação das diferenças na democracia moderna (CITTADINO, 1999).

Os alicerces de uma Constituição plural para uma realidade diversificada e mutante devem ser sólidos na sociedade, mas principalmente nas estruturas do Estado. Por um lado, exige-se um parlamento ativamente ligado aos anseios da sociedade. Por outro, um “aparelho de execução” que também participe das deliberações políticas e, sobretudo, um tribunal de justiça constitucional, que

⁷ A democracia foi concebida pelos antigos para ter como sede a cidade-Estado, composta por uma comunidade pequena, na qual os membros eram em sua maioria indivíduos parentes e amigos. A cidadania, em virtude da grande exclusão (em geral mulheres e escravos), era limitada e mais homogênea (DAHL, 1993). A emergência do conceito de nação ou Estado nacional gerou a ampliação do território e da cidadania e, como uma de suas conseqüências, os componentes próprios às estruturas familiares, às religiões, às línguas, aos modos de vida – que são constitutivos das culturas humanas – não correspondem aos territórios que delimitam a soberania dos Estados (DAHL, 1993 e ALENCASTRO, 1985).

Formaram-se, então, Estados fundados em bases pluriétnicas, que para se manter precisaram deslocar os sistemas de poder tradicionais, para desenvolver um movimento contínuo de ressocialização dos indivíduos e grupos no interior de uma unidade nacional mais ampla (ALENCASTRO, 1985).

tenha por responsabilidade a garantia da efetividade da Constituição (SAMPAIO, 2003).

2.2 A CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DAS MINORIAS SOCIAIS

A Constituição tem um papel de destaque na proteção do pluralismo. Em dois séculos de desenvolvimento constitucional, foram profundas as alterações quanto ao papel e relevância da Carta Constitucional, quanto ao funcionamento do Estado, quanto à estruturação da sociedade e do Estado e das relações entre si. Em princípio, a Constituição voltava-se para a regulação da formação dos órgãos do poder e das suas competências e relações recíprocas. Continha, ainda, a declaração dos direitos e garantias individuais e, nos estados federados, definia as relações entre a federação e os estados individuais. A Constituição de Weimar (1919), todavia, representou um marco que superou os dois componentes anteriormente abrigados pela ordem constitucional, incorporando também princípios fundamentais da ordem econômica, social e cultural (MOREIRA, 1995).

Não se pode deixar de reconhecer que, em tempos mais recentes, desenvolveu-se um movimento de retração quanto aos excessos de constitucionalização da ordem econômica e social. No entanto, muitas Constituições elaboradas e promulgadas no século XX, e vigentes até a presente data, contêm uma regulamentação constitucional densa quanto à ordem econômica, social e cultural, notadamente, a Constituição brasileira de 1988.

Por outro lado, os direitos fundamentais foram alargados para além dos clássicos direitos do homem e do cidadão, de matriz individual e liberal, desencadeando novas categorias de direitos políticos, trabalhistas, sociais de caráter positivo; e essencialmente coletivos, como o ambiental e o de proteção ao patrimônio cultural. Destaca-se, ainda, a superação da concepção clássica de Estado concebido como uma realidade monolítica e homogênea. Assim, nos países pluriétnicos e plurilingüísticos a defesa das minorias sociais ganhou *status* constitucional (MOREIRA, 1995).

Neste contexto, insere-se a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, que, acompanhando as mudanças no alcance e funções constitucionais, incorporou ao seu texto princípios de ordem

econômica, social e cultural. A democracia pluralista foi consagrada, devendo ser respeitada a pluralidade de idéias, culturas e etnias. Pressupôs-se o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes, e a possibilidade de convivência de diferentes formas de organização e interesses na sociedade (CF. arts. 1º, V; 17; 206, III).

A Constituição vigente destaca-se por incorporar ao seu texto normas que buscam a concretização do pluralismo e da diversidade cultural, por meio da proteção aos grupos minoritários, como negros, mulheres e índios.

2.2.1 A proteção constitucional dos direitos indígenas

O primeiro projeto de Constituição no Brasil mencionou a necessidade de criação de estabelecimentos para a catequese e civilização dos índios (título XIII, art. 254) (CARNEIRO DA CUNHA, 1987). Entretanto, a Constituição que foi outorgada em 1824 sequer referiu-se à existência dos povos no Brasil. Tal debate retornou na adoção do ato institucional de 1834, que atribuiu competência às Assembléias Legislativas Provinciais e aos Governos Gerais para a promoção da catequese e civilização dos indígenas, e para o estabelecimento de colônias (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

A proposta de Constituição de 1890, após a proclamação da República e sob influência dos ideais positivistas, considerou objetivamente a existência de povos indígenas, assegurando um relacionamento centrado na proteção e na não violação de seus territórios. A proposta pretendia a criação dos estados ocidentais brasileiros, que seriam formados pelas populações resultantes da fusão do branco com o índio e com o negro; e dos estados americanos brasileiros, constituídos pelas tribos indígenas. A República seria a união federada desses dois estados. Todavia, a primeira Constituição da República, a de 1891, rejeitou a proposta e não fez nenhuma menção aos grupos indígenas (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

A Constituição promulgada em 1934, após a Revolução de 1930, citou pela primeira vez a existência de indígenas, atribuindo competência à União para legislar sobre a integração do índio à comunidade nacional. Por outro lado, ficou garantida a posse da terra onde se achassem localizados e proibiu-se a sua alienação. A Constituição de 1937, imposta por Getúlio Vargas à Nação como consequência do golpe de Estado ocorrido no mesmo ano, manteve a redação

anterior no que tange ao reconhecimento do direito de posse da terra onde os índios se achavam.

Com o processo de redemocratização do país, emergiram novas discussões sobre o relacionamento do Estado com os índios. Manteve-se, porém, a mesma ideologia presente desde as primeiras discussões sobre a questão indígena, ou seja, a incorporação destes à comunhão nacional (art. 5, XV, r). Permaneceu reconhecido o respeito à posse sobre as terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

A intenção de incorporação dos índios na comunidade nacional foi mantida na Constituição de 1967, outorgada após o golpe militar de 1964. Na CF/1967, entretanto, explicitou-se que as terras ocupadas pelos indígenas integrariam o Patrimônio da União (art. 14), bem como os direitos à posse permanente da terra que habitam, e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes. Com o Ato Institucional nº.1, em 1969, foram mantidos os propósitos contidos na Constituição de 1967, no que tange aos direitos territoriais.

Em todas as Constituições supracitadas, fica clara a intenção de incorporação dos povos indígenas à comunidade nacional, aniquilando-se a identidade desses grupos, uma vez que a intenção predominante era a “civilização”, e não o reconhecimento e manutenção das diferenças existentes. Por outro lado, muito embora fosse reconhecido o direito de posse permanente das terras ocupadas, o contato entre índios e não-índios foi marcado pela violência e esbulho de terras. Muitas vezes, o próprio Estado era o promotor das invasões, como ocorreu no processo histórico de colonização e povoamento do território brasileiro, sobretudo no século XX, com os projetos de ocupação de terras consideradas devolutas.

A Constituição Federal de 1988 foi elaborada dentro de um contexto histórico de redemocratização do país, e representou um avanço para o constitucionalismo brasileiro. O texto constitucional adotou um complexo e exaustivo sistema de direitos e mecanismos para garantir a sua efetividade.

O texto constitucional é marcado pelas referências a valores, como o da dignidade humana e o dos direitos fundamentais, assegurando-se uma esfera de liberdade individual frente às intervenções do Poder Público, assim como,

garantindo-se à personalidade humana um desenvolvimento livre na comunidade social, para que possa buscar sua dignidade.

O ordenamento jurídico não é valorativamente neutro (CITTADINO, 1999). Há, portanto, um elenco de valores, reconhecendo-se a existência de hierarquia entre eles.

Deve-se, ainda, destacar o reconhecimento constitucional da existência de grupos minoritários e da necessidade um tratamento jurídico diferenciado como forma de estabelecimento da igualdade, além de definir as diretrizes das políticas públicas a serem adotadas pelo Estado.

No que tange aos direitos dos povos indígenas, a CF/88 destinou o capítulo VII, intitulado “Dos Índios”, artigos 231 e 232 e parágrafos, reconhecendo “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. Neste capítulo, ainda são delineadas as bases políticas que regulam as relações entre os diferentes povos indígenas, o Estado e a sociedade.

Na vigência da CF/88, o Estado deverá ter uma ação intervencionista para proteção da cultura indígena, ficando estabelecido no § 1º do art. 215, que serão protegidas “as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e de grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Neste caso, muito embora se possa criticar a utilização do termo “civilizatório” para o processo de colonização brasileira e formação do Estado nacional, há uma opção pela ação estatal no sentido de criar mecanismos e políticas de preservação das manifestações culturais indígenas.

A Carta garantiu, também, o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (§ 2º do art. 231). Destaca-se que a Constituição incorporou a tese da existência de relação jurídica entre os índios e as terras ocupadas anteriormente à formação do Estado Brasileiro. Em caso de aproveitamento dos recursos hídricos e de exploração mineral em terras indígenas, é necessária a prévia audiência das comunidades indígenas afetadas e a autorização do Congresso Nacional (§ 3º do art. 231). Os índios, entretanto, não são proprietários das terras que ocupam, visto que não podem dispor dessas terras para venda ou para garantir uma transação comercial.

Quanto à educação, foi assegurado aos povos indígenas tal direito, com o reconhecimento da utilização das línguas nativas e dos seus próprios processos de aprendizagem (§ 2º do art. 210). Este dispositivo manifestamente ultrapassou a idéia de conceber a educação dos indígenas como forma de integrá-los às suas respectivas sociedades nacionais, superando a premissa da superioridade da cultura colonizadora, visto que reconhece a necessidade de preservação das línguas nativas e a eficácia dos processos específicos de aprendizagem.

Desta feita, o texto constitucional de 1988 foi o primeiro a reconhecer de forma explícita a diversidade étnica, e a criar mecanismos de proteção para os valores culturais indígenas e suas formas de organização social.

Não se deve atribuir os avanços da Constituição de 1988, no que diz respeito aos direitos indígenas, somente à influência do constitucionalismo comunitário no processo constituinte. O papel das lideranças de diferentes povos foi determinante, pois as pressões exercidas junto ao Congresso Constituinte garantiram a explicitação de direitos que visam assegurar a continuidade dos indígenas enquanto etnias. Outros segmentos da sociedade brasileira, como ONGs, associações científicas, antropólogos, religiosos e indigenistas, apoiaram as legítimas reivindicações e também participaram amplamente deste processo (SANTOS, 2004).

Os avanços da Constituição de 1988 devem ser reconhecidos, mas os seus limites não podem ser ignorados. Primeiramente, a CF/88 não utiliza o termo “nações” para se referir aos diferentes povos indígenas. A Constituição remete-se às “populações indígenas” (art. 22, XIV), “comunidades indígenas” e aos “índios” (art. 232), consagrando o pluralismo político (art. 1º, inciso V) e a diversidade das manifestações culturais. Porém, não reconhece a existência de nações indígenas. A Carta Constitucional nega, portanto, a caracterização do Estado brasileiro como pluriétnico e multisocietário.

Segundo José Afonso da Silva (2003), a Constituição teria se baseado na falsa premissa e no preconceito de que nação singulariza o elemento humano do Estado, confundindo-se com este, provavelmente ainda sob influência dos ideais da Revolução Francesa, o que fez com que as legislações desde o Império escamoteassem a existência das nações indígenas. Por outro lado, pode-se

identificar o temor da independência dos povos indígenas, com a respectiva perda dos territórios e riquezas a eles pertencentes.

Destaca-se que o compromisso valorativo da CF/88 não sofreu grande resistência dos conservadores, pois aos valores foi atribuída uma função meramente retórica, definindo-os como filosofias (CITTADINO, 1999), o que dificulta a aplicação das normas, pois a via interpretativa torna-se uma realização de valores, o que se contrapõe à tradição positivista e liberal do Judiciário brasileiro.

Assim, o maior desafio inaugurado após a Constituição de 1988 é a concretização dos valores nela inaugurados, incluindo os de influência comunitária de reconhecimento e proteção dos povos indígenas. Neste contexto, insere-se a investigação a que nos propomos, por meio da análise a respeito da interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca das “*terras tradicionalmente ocupadas por índios*” (art. 231 da CF/88), sobretudo daquela fornecida nos precedentes que conformaram a Súmula 650/2003.

2.2.2 O direito ao reconhecimento das “terras tradicionalmente ocupadas por índios”

O desafio de concretizar os direitos dos povos indígenas parece ser a preocupação mais recorrente entre aqueles que se dedicam às questões indígenas.

A base do respeito à autonomia indígena é o reconhecimento dos direitos originários e imprescritíveis de posse permanente da terra e o usufruto exclusivo das riquezas naturais existentes no solo, rios e lagos das suas terras de ocupação tradicional. Assim, a delimitação, a desintrusão e a proteção de um espaço territorial adequado para os diferentes povos indígenas é considerada como uma condição essencial para a sobrevivência física e cultural desses grupos (ALBERT, 1992).

A Constituição de 1988, como foi demonstrado acima, representa um marco para os direitos indígenas, pois, embora outras Constituições tenham reconhecido o direito à posse permanente das terras dos grupos indígenas, somente ela reconheceu esse direito conjugado com o reconhecimento da autonomia dos povos indígenas e da necessidade do Estado garantir a sua reprodução física e cultural. A democracia pluralista foi, então, consagrada, reconhecendo-se a

obrigatoriedade de respeito à pluralidade de idéias, culturas e etnias (Cf. arts. 1º, V; 17; 206, III).

Ao se ter conhecimento do tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988 aos direitos indígenas, aos territórios tradicionalmente ocupados, bem como de toda a tradição legislativa no reconhecimento desses direitos, poder-se-ia ter a falsa idéia de que a questão da terra indígena é um problema ultrapassado no Brasil, diante da proteção constitucional e legislativa. Entretanto, a disputa pelas terras indígenas e suas riquezas naturais tem sido o núcleo da questão indígena no Brasil (CARNEIRO DA CUNHA, 1987; SILVA, 1993).

A forma jurídica criada para assegurar aos índios os direitos às suas terras foi a demarcação, porém não advém de tal instituto. A demarcação constitui uma etapa derradeira no processo de regularização e garantia das terras indígenas (OLIVEIRA FILHO, 1998a). Desta feita, a demarcação de terras indígenas assume um papel relevante para assegurar aos índios o usufruto autônomo de seu território.

A terra para os povos indígenas, no entanto, é muito mais do que meio de subsistência. Ela representa um suporte para a vida social, estando diretamente ligada a um sistema de crenças e conhecimento. Assim, não se trata tão somente de um recurso natural destinado à reprodução econômica, mas também de um recurso sociocultural (RAMOS, 1986).

Segundo dados da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), existem 488 terras indígenas cujos processos de demarcação estão ao menos na fase de delimitação, perfazendo um total de 105.673.003 ha, correspondente a 12,41% do território nacional. Há 123 terras que estão por serem identificadas, e a FUNAI registra, ainda, que há várias referências à terras presumivelmente ocupadas por índios que estão por serem pesquisadas no sentido de definir se são ou não indígenas. Tudo de acordo com a Tabela 1.

Tabela 1 Situação das terras indígenas (resumo geral) – atualizado em maio de 2006

	Número de Terras Indígenas	Percentual (%)	Área em hectares
Em estudo	123	----	---
Delimitadas	33	1,66	1.751.576
Declaradas	30	7,67	8.101.306
Homologadas	27	3,40	3.599.921
Regularizadas	398	87,27	92.219.200
TOTAL	611	100	105.672.003

Fonte: site oficial da FUNAI <http://www.funai.gov.br/> Acesso em 08/05/2007

Pode-se verificar com tais informações que 240 terras indígenas não tiveram seu procedimento demarcatório concluído e 123 não tiveram sequer os limites declarados por intermédio de Portaria do Ministério da Justiça.

Dados do Conselho Missionário Indígena (CIMI), obtidos por meio de levantamento realizado no Fórum em Defesa dos Direitos Indígenas (FDDI), realizado em abril de 2007, entretanto, noticiam que existem 272 terras indígenas sem nenhuma providência, ou seja, que sequer estão na fase de estudo, conforme se demonstra abaixo no Quadro 1.

Quadro 1 Quadro resumo das terras indígenas

Situação	Nº de Terras
Registradas	325
Homologadas	57
Declaradas	33
Identificadas	47
A Identificar	128
Sem Providências	272*
Reservadas/Dominiais	34
Total	896

Fonte: site do CIMI <http://www.cimi.org.br/?system=news&eid=242>, Acesso em 03/10/2007

A questão da demarcação de terras é, portanto, um problema atual e na verdade é circunstância que repercute na sobrevivência física e cultural, e ao mesmo tempo, na defesa do patrimônio ecológico a ser preservado e usufruído por meio do manejo sustentável. Além disso, ao demarcar uma terra indígena, o governo está assegurando uma tranquilidade de reprodução e crescimento populacional para as famílias indígenas (TERENA, 1998).

O procedimento demarcatório inicia-se com a identificação das terras tradicionalmente ocupadas, percorrendo um procedimento administrativo geralmente marcado por conflitos de interesses, que desembocam em violência e longos processos judiciais, exigindo do Poder Judiciário e dos intérpretes do Direito uma intervenção pacificadora e que busque a concretização dos direitos constitucionalmente consagrados aos indígenas.

Diante deste contexto, mostra-se imprescindível o estudo da interpretação constitucional dispensada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na análise das questões relacionadas à definição das terras tradicionalmente ocupadas, especialmente quanto aos aldeamentos indígenas extintos. Tal afirmação se faz clara quando verificamos dados que nos levam a crer na existência de aproximadamente 272 terras indígenas sem nenhuma providência para a demarcação e quando nos conscientizamos da trajetória da formação do Estado brasileiro, marcada por esbulhos e desrespeito aos povos indígenas.

Desta feita, as decisões do STF representam a última instância da interpretação constitucional brasileira, influenciando as demais esferas do Poder Judiciário e Poder Executivo envolvidas no processo de reconhecimento das terras indígenas.

3 O QUE SE ENTENDER POR TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS? UMA RECONSTRUÇÃO A PARTIR DAS DECISÕES DO STF

Para que seja possível uma compreensão mais ampla do alcance do termo terras tradicionalmente ocupadas por índios na concepção adotada pelo do STF na Súmula 650, pretende-se reconstruir o itinerário deste conceito analisando-se decisões do Supremo Tribunal Federal que, mesmo de forma indireta, trataram do tema.

O marco inicial para o estudo será a Súmula 480 do STF e seus precedentes, que remontam aos anos de 1958⁸, 1961⁹ e 1969¹⁰. O termo final será a Súmula 650, com a análise dos casos que a conformaram.

As decisões anteriores a 1988 têm como base as Constituições Federais de 1946 e de 1967.

3.1 A SÚMULA 480 E SEUS PRECEDENTES

A Súmula 480 do Supremo Tribunal Federal, aprovada em Sessão Plenária de 03/12/1969, uniformizou as decisões da Corte no sentido de que “Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos dos arts. 4º, IV, e 186 da Constituição federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas”.¹¹

As decisões que conformaram tal entendimento serão o marco inicial para o estudo da posição adotada pelo STF acerca das terras tradicionalmente ocupadas por índios.

Cumprе esclarecer que os textos da Constituição de 1967, bem como o da Constituição de 1946, não incluíam o termo “terras tradicionalmente ocupadas”, vez que este foi inovação da Constituição Federal de 1988. Os textos anteriores referiam-se tão somente aos direitos dos índios às terras habitadas. Desta maneira, na Súmula 480, a interpretação se fez a partir do art. 186 da CF/67 que preceituou: “É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e

⁸ Mandado de Segurança nº. 16443, publicado no DJ de 29/03/1958, RTJ 49/758.

⁹ Recurso Extraordinário nº. 44585, publicado no DJ de 12/10/1961, RTJ 49/758.

¹⁰ Apelação Cível nº. 9620, publicado no DJ de 27/06/1969, RTJ 49/758.

¹¹ Publicada no DJ de 10/12/1969, p. 5930; DJ de 11/12/1969, p. 5946; DJ de 12/12/1969, p. 5994.

reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nele existentes”. E do artigo 216 da Constituição de 1946, assim redigido: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se acharem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”.

Note-se que, muito embora as decisões selecionadas não se remetam literalmente ao termo “terras tradicionalmente ocupadas” (art. 231 da CF/88), vez que anteriores à Constituição de 1988, a análise possibilita a compreensão da gênese do entendimento do STF acerca dos direitos indígenas sobre suas terras, bem como a verificação de mudanças e permanências na interpretação com o advento da Carta Constitucional vigente.

O teor da Súmula 480, à primeira vista, como o da Súmula 650, parece conter uma questão meramente patrimonial, definindo o domínio e a administração da União sobre as terras ocupadas por índios. Todavia, a questão debatida nas decisões que são precedentes de tais Súmulas vai muito além, discutindo a natureza do patrimônio indígena, bem como a importância de seu reconhecimento e proteção.

No Recurso Extraordinário (RE) nº. 44.585 MT¹², ainda não estavam pacificados os entendimentos sobre a possibilidade de Lei Estadual reduzir área indígena demarcada e reservada ao usufruto de um grupo indígena.

No caso em apreço, algumas questões devem ser esclarecidas. Primeiramente, somente a Constituição de 1967 explicitou que as terras ocupadas por indígenas integram patrimônio da União. Assim sendo, o Dec. Lei nº. 54, de 09 de abril de 1931, aprovou a demarcação das terras reservadas em usufruto para os índios Caidiuéos, dispondo, entretanto, que:

[...] se dentro de dez anos, a inspetoria não houver cumprido as condições estabelecidas, e, em especial, se não houver providenciado o aumento de

¹² Recurso Extraordinário publicado no DJ de 11/10/1961, tendo como partes o Diretor da Quinta Inspeção Regional do Serviço de Proteção aos Índios (Autor e Recorrido) e o Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso (Réu e Recorrente). A ação teve como pedido a declaração da inconstitucionalidade da Lei Estadual nº. 1.077, de 10 de abril de 1958, com a consequente concessão do mandado de segurança para restabelecer as disposições do Dec.-lei nº. 54, de 09 de abril de 1931, que delimitou a área de terras reservadas ao usufruto dos índios Caidiuéos. A Lei Estadual nº. 1.077/50 reduzia a área de terras que se achavam na posse dos Caidiuéos, desde 1931. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso concedeu o Mandado de Segurança, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº. 1.077/50 decisão da qual recorreu o Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso para o Supremo Tribunal Federal. O Recurso Extraordinário não foi provido e “declarada a inconstitucionalidade da Lei nº. 1.077, de 10 de abril de 1958, do Estado do Mato Grosso, pelos votos dos Ministros Victor Nunes, Gonçalves de Oliveira, Vilas Boas, Cândido Motta, Ary Franco, Luiz Gallotti, Hahnemann Guimarães e Lafayette de Andrada, vencidos os Srs. Ministros Relator (Ribeiro da Costa) e Pedro Chaves”. (p. 482)

habitantes nessa região, fica o Estado no direito de restringir a área concedida”.

A Lei nº. 1.077/1958¹³ entendeu pela necessidade de retificação da área reservada em usufruto aos indígenas, conforme disposto no Dec. Lei nº. 54/1931, por crer que se a área fosse reduzida para 100.00 hectares seria o suficiente para os indígenas que habitavam a área em disputa. Note-se que para a definição da extensão adequada para os limites do território foi determinante a proporção entre o número de indígenas e o espaço que seria necessário para a aldeia e para a agricultura de subsistência, sendo ignorados os modos de ocupação da terra.

Feitos os esclarecimentos, passo aos argumentos do Ministro Relator, Ribeiro da Costa, que marcou a dissidência do STF quanto à matéria apresentada nos autos. Segundo o Ministro Relator, a redução da área reservada não ameaçava a posse das terras pelos índios Caidiuéos, que delas não teriam sido despojados. Assim, mesmo com a redução do território reservado, teria se conservado “intacto o respeito à posse das terras pelos silvícolas onde os mesmos se acham permanentemente localizados” (RE nº. 44.585 - MT, p. 470). Note-se que a ocupação no entendimento do Relator ficou adstrita às terras que os índios detinham a posse direta, assim entendido o espaço da aldeia e das plantações existentes a sua volta.

Desta feita, a posse respeitada pela Constituição de 1946 seria aquela dos territórios onde os indígenas se achassem permanentemente localizados, fazendo uso, segundo a compreensão do Relator, da terra. O direito dos índios sobre as terras ocupadas era reconhecido mediante a comprovação da posse atual e da constância dessa posse.

Por outra banda, sustentou o Ministro que o reconhecimento da posse imemorial dos indígenas restringia-se àqueles que “ainda não se incorporaram aos hábitos e aos costumes da civilização colonizadora” (RE nº. 44.585 - MT, p. 470). Os índios “aculturados” não mais teriam direito aos seus territórios, uma vez que integrados à comunidade nacional e às suas regras gerais da propriedade privada.

¹³ “Artigo 1º - O artigo 1º, do Decreto-lei n. 54, de 9 de abril de 1931, passará a ter a seguinte redação: Fica confirmado para todos os efeitos, o ato Governamental de 7 de Agosto de 1903, que aprovou a demarcação das terras reservadas ao usufruto dos índios Caidiuéos e apenas retificada a área que passará a ser de 100.000 (cem mil hectares)”

Fica patente a concepção de aculturação e da necessidade imperiosa de integração dos indígenas ao Estado Nacional, com o conseqüente desaparecimento de seus traços culturais.

O voto do Ministro Relator ficou vencido diante dos fundamentos apresentados nos votos dos ministros Vitor Nunes Leal e Luiz Galloti.

Importante contribuição para a interpretação dos direitos indígenas trouxe o Ministro Vitor Nunes Leal. Destaco alguns trechos do voto:

Aqui não se trata do direito de propriedade comum, o que se reservou foi o território dos índios. Essa área foi transformada num parque indígena, sob a guarda e administração do Serviço de Proteção dos índios, pois estes não têm a disponibilidade das terras.

O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual.

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se de *habitat* de um povo.

Se os índios na data da Constituição Federal, ocuparam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã reduzirá em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o terreiro da aldeia, porque ali é que a "posse" estaria materializada nas malocas.

Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo. (RE nº. 44.585 – MS, p. 471/472)

Verifica-se que o conceito de posse e de domínio civil apresentados no voto do Ministro Vitor Leal, vencedor no julgamento, não se confunde com o de posse indígena, vez que neste conceito deve-se ter em conta os usos e costumes que precisam ser mantidos para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas. Foi apresentado, então, um conceito de ocupação derivado da vivência do povo que habita determinado território. Assim sendo, mesmo que originariamente o direito indígena fosse oriundo de uma Lei Estadual, com o advento da Constituição Federal/67 retirou-se qualquer possibilidade de redução da área ocupada, quando da sua promulgação.

No julgamento do Mandado de Segurança (MS) de nº. 16.443 DF¹⁴, ficou claro o entendimento, por meio de votação unânime, de que as terras ocupadas por índios são Patrimônio Público, com afetação especial, uma vez que destinados à posse indígena. Todavia, por intermédio do voto do Ministro Victor Nunes Leal, fica demonstrado, ainda, que as terras ocupadas não estão sujeitas ao regime legal de venda dos bens públicos, dado o seu caráter de inalienabilidade. Segundo o Ministro:

Não está envolvido, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o habitat dos remanescentes das populações indígenas do país. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados pelo abandono em que ficaram. (MS nº. 16.443 – DF, p. 66)

No entendimento de Victor Nunes Leal, muito embora as terras ocupadas por índios sejam bens da União, estes são dotados de características específicas como inalienabilidade, diante do fim ao qual a Constituição os destinou. A problemática da terra indígena deslocou-se da discussão sobre o direito patrimonial, para tornar-se um problema de ordem cultural, pois a permanência nas terras ocupadas foi alçada à condição de vida e sobrevivência desses povos.

3.1.1 O julgamento da Apelação Cível nº. 9.620 e a retração dos fundamentos apresentados pelo STF

O posicionamento do STF foi mantido no julgamento da Apelação Cível nº. 9.620¹⁵, em 27/03/1969. A ação, que foi interposta como ação popular contra o Estado e Assembléia legislativa de Mato Grosso, proposta pelo Desembargador Ernani Lins Cunha perante a 1ª Vara da Fazenda Pública de Cuiabá, foi conhecida como Ação Cível Originária e julgada procedente em parte para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº. 1.077/58 do Mato Grosso, em face dos arts. 216 da

¹⁴ Mandado de Segurança, julgado em 09 de novembro de 1967 e publicado no DJ de 27 de março de 1968, proposto pela Sociedade Anônima Serraria Reunidas Irmãos Fernandes contra ato do Presidente da República que anulou a concorrência administrativa para a venda de 50.000 pinheiros do Patrimônio Indígena, localizados no Porto Caciue Capanema, no Estado do Paraná, da qual a impetrante foi vencedora.

¹⁵ Ação Popular que chegou ao STF como Apelação Cível e foi conhecida como ação Cível Originária, julgada em 27/03/1969 e publicada no DJ de 18/06/1969, proposta pelo Desembargador Ernani Lins Cunha, visando a declaração de nulidade de atos lesivos ao Patrimônio da União, decorrentes de lei estadual n. 1.077, de 1958, do Estado do Mato Grosso, que reduziu a área de terras reservadas aos índios Cadiuós.

Constituição de 1946 e 186 da Constituição de 1967. Note-se que a questão havia sido discutida no STF quando da análise do RE n.º 44.585 MT (vide p. 26/28), entretanto, a própria natureza da ação revela os caminhos para os quais o debate sobre a redução da terra indígena da Serra de Bodoquena, pertencente aos índios Cadiuéos, seria conduzido.

Inicialmente, há de se ressaltar as diferenças entre o RE 44.585 MT e a Apelação Cível n.º 9.620. O Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança, interposto pelo Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso, visava a reforma de decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso que decretou a inconstitucionalidade da Lei n.º 1.077/58, restabelecendo as disposições do Dec. Lei n.º. 54/1931 que delimitou a área de terras reservadas ao usufruto dos índios Caidiuéos. A discussão, portanto, cingia-se a uma lide concreta, na qual os índios Cadiuéos, por meio do Diretor da 5ª Inspetoria Regional do Serviço de Proteção aos Índios, haviam pleiteado, em sede de mandado de segurança, a declaração de inconstitucionalidade de Lei, que reduzia consideravelmente a área a eles reservada, e obtido em primeiro grau resultado favorável. Assim, enfrentou-se diretamente o problema da constitucionalidade da redução pelo Estado das terras ocupadas por índios.

A Ação Popular, posteriormente convertida em Apelação Cível de n.º. 9.620, movida pelo Desembargador Ernani Lins Cunha, visava à anulação de atos lesivos ao patrimônio da União¹⁶. A violação do usufruto imemorial da terra por parte dos índios Cadiuéos tinha um papel secundário, apenas justificador do domínio da União sobre as terras. Assim, os fundamentos do voto do Ministro Relator Amaral Santos para a declaração da inconstitucionalidade da redução da reserva indígena foram tímidos, no sentido de que os indígenas detinham a posse sobre as terras demarcadas pelo Decreto n. 54, de 1931, não podendo o Estado de Mato Grosso reduzir essa posse. Todavia, a decisão deixou em aberto a possibilidade de a própria União vir a reduzir tal área, caso a posse indígena não fosse confirmada. Os demais Ministros acompanharam o voto do Relator, reafirmando a propriedade da União sobre as terras de ocupação indígena, mas sem adentrar na discussão acerca

¹⁶ “EMENTA: - Ação popular visando a declaração de nulidade de atos lesivos ao Patrimônio da União, decorrentes de lei estadual n. 1.077, de 1958, do Estado de Mato Grosso, que reduziu a área de terras reservadas aos índios Cadiuéos. Apelação conhecida como Ação Cível Originária – (Constituição de 1967, art. 114, I, d). Ação julgada procedente em parte para declarar inconstitucional a lei 1.077/58, de Mato Grosso, em face dos arts. 216 da Constituição de 1946 e 186 da Constituição de 1967.” (Apelação Cível n.º 9.620, p. 203)

do que se entender por posse indígena, tão pouco da especificidade dos direitos indígenas, tal como as outras decisões haviam feito. Vejamos alguns trechos do voto do Ministro Relator que confirmam o alegado acima:

Dita lei, dizendo dar nova redação aos dispositivos do Dec. N.º 54, de 1931, na verdade o modificou em ponto essencial, em prejuízo da área reservada aos índios. Basta ler o seu art. 1º, que diz (fls. 12):

[...]

Por essa forma, a Lei n. 1.077, reduzindo a área reservada aos índios apenas a cem mil hectares, deles retirava cerca de trezentos mil hectares, como o confessa a Assembléia Legislativa em sua contestação [...]

Poderia fazê-lo?

Penso que não.

[...]

Respeitando a posse dos índios Cadiuéos sobre as terras demarcadas pelo Decreto n. 54, de 1931, não podia o Estado de Mato Grosso reduzir essa posse em cerca de trezentos mil alqueires.

A redução da área possuída, em tão grande extensão, não poderia fazer-se mediante simples lei estadual, sem ofensa ao art. 216 da Constituição de 1946. A inconstitucionalidade da referida lei é flagrante. A lei ignorou o texto constitucional.” (p. 211/212)

Do voto do Ministro Themistocles Cavalcanti extraio:

[..] tenho por inconstitucional esta lei. Esta lei não é instrumento hábil para transferir para o domínio do Estado os bens pertencentes aos índios e à União. O DL. 9.960, de 1946, já considerou que pertencem à União os terrenos pertencentes aos índios ou colônias militares. De modo que esses bens de há muito são incorporados ao patrimônio da União.

A retração do posicionamento do Supremo Tribunal Federal pode ser mais bem compreendida se considerarmos o momento histórico pelo qual passou o país com o acirramento da ditadura militar, mais propriamente com o a decretação no dia 13 de dezembro de 1968 do Ato Institucional Número 5 (AI-5). Este pode ser considerado o ato mais duro do governo militar, pois aposentou juízes, cassou mandatos, acabou com as garantias do habeas-corpus e aumentou a repressão militar e policial.

Dentro deste contexto, o STF perdeu, em janeiro de 1969, por decreto do presidente Artur da Costa e Silva, baseado nos poderes excepcionais que o AI-5 lhe conferia, os Ministros Vitor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva.

Há de se ressaltar que o Ministro Vitor Nunes Leal, após o Golpe Militar em 1964, concedeu vários *habeas corpus* a presos políticos, o que deve ter ocasionado a sua aposentadoria compulsória pelo governo militar.

A ausência, sobretudo do Ministro Vitor Nunes Leal, foi sentida na retração dos fundamentos do STF para a proteção dos direitos indígenas e o silêncio quanto ao tema pairou até o final da década de 70.

3.2 A INSUFICIÊNCIA DOS TÍTULOS DE DOMÍNIO E DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DE OCUPAÇÃO INDÍGENA EXPEDIDAS PELA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI)

Em meados de 1980, começaram a ser freqüentes os mandados de segurança impetrados por particulares que alegavam o domínio de glebas que estariam alcançadas pelos limites das reservas indígenas definidos por Decreto do Presidente da República, após procedimento demarcatório¹⁷. O aumento significativo de tais demandas não pode ser dissociado de um conjunto de críticas à política indigenista surgidas no final da década de 70, que se apoiava em dados estatísticos e evitava assumir uma postura anti-indigenista.

Os argumentos eram apresentados em geral por advogados, empresários, políticos e técnicos de outros órgãos públicos cujos interesses profissionais iam de encontro aos da FUNAI. As alegações baseavam-se na constatação que os índios eram em número muito reduzido (na época avaliados em 150 mil) e que constituíam apenas 1% da população do país. Em razão disso, julgavam absurdas as ações da FUNAI, que demarcava grandes áreas para os índios, as quais não guardariam correspondência com as reais necessidades dos grupos indígenas, numericamente reduzidos. Por outro lado, tais demarcações representariam a imobilização de vastas terras produtivas, o que poderia comprometer em demasia o desenvolvimento regional, restringindo o mercado de terras e ameaçando a expansão da fronteira agrícola. Outras razões eram aduzidas, de acordo com a conjuntura econômica-política, tal como o prejuízo para as exportações ou a importância de priorizar a produção de alimentos para o mercado interno (OLIVEIRA FILHO, 1998b, p. 55).

As críticas, em geral, eram criadas e financiadas por segmentos da sociedade economicamente fortes, como fazendeiros e políticos, o que lhes conferiu

¹⁷ No sentido do exposto, MS 20.215-7 MT, MS 20.234-3 MT, MS 20.235-1 MT, MS 20.548-2 DF, MS 20.515-6 DF, MS 20.556-3 DF, MS 20.575-0 DF, MS 20.723-0 DF, MS 20.722-1 DF, MS 20.751-5, MS 21575-5 MT, ROMS 22.021-3 PA, ROMS 22.913 AM, MS 24.566-2. MS 21891-6 DF, MS 23.862-3 DF.

repercussão governamental. A sua influência pode ser notada na edição de novas regras sobre o processo demarcatório, como, por exemplo, a Exposição de Motivos 062/80, que prevê indenização de benfeitorias de boa-fé implantadas por não índios em áreas indígenas; o Decreto nº. 88.118/83, que cria um Grupo de Trabalho Interministerial – FUNAI, Ministério do Interior (MINTER) e Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários (MEAF) – para avaliar as propostas de delimitação das áreas indígenas elaboradas pela FUNAI; e o Decreto nº. 94.945, de 23 de setembro de 1987, que reformulou o processo de regularização das terras indígenas e redefiniu a formação do Grupo Interministerial, colocando sua presidência no MINTER. (OLIVEIRA FILHO, 1998b, pág. 55).

A partir de 1980, a questão das terras passou a ser submetida ao Conselho de Segurança Nacional¹⁸. Assim, as decisões oficiais relativas à delimitação e demarcação de terras indígenas extrapolaram a FUNAI e o MINTER. O referido período marcou o fim de um período de autonomia relativa da referida Fundação no que tange à delimitação e à demarcação (OLIVEIRA FILHO & ALMEIDA 1998, pág. 100).

Diante do contexto acima aludido, multiplicaram-se os mandados de segurança, nos quais os impetrantes fundamentavam seus supostos direitos sobre as áreas delimitadas/demarcadas nos títulos de domínio emitidos pelos Estados onde estavam localizadas, que eram devidamente registrados em Cartório de Registro de Imóveis. As ações eram instruídas, ainda, em sua maioria, com certidões negativas, emitidas pela FUNAI, que afastavam a existência de aldeamentos e reservas indígenas nas áreas às quais se referia. Cumpre ressaltar que as certidões negativas eram requeridas à FUNAI para fins de obtenção de financiamentos de grande vulto junto a bancos governamentais para a implantação de projetos agropecuários.

¹⁸ As modificações no processo demarcatório foram delineadas pela Portaria MINTER/GM/023 de 30 de janeiro de 1980, que tratou da criação de Grupo de Trabalho integrado pela FUNAI, Banco do Brasil (BB), Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional; Exposição de Motivos Interministerial 062, de 16 de junho de 1980, baseada em estudos elaborados na Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional (CNS) e no MINTER pelo grupo de trabalho aludido, com o objetivo de estabelecer uma sistemática capaz de melhor operacionalizar e agilizar a análise de glebas destinadas a grupos indígenas, bem como o tratamento a ser dado aos civilizados, que por qualquer motivo, habitem ou explorem economicamente aquelas áreas; Convênio 091, de 9 de dezembro de 1980, estabelecido entre a FUNAI e o Ministério do Exército por meio da Diretoria de Serviços Geográficos, visando a mútua cooperação na execução de trabalhos técnicos cartográficos e/ou topográficos com fins de demarcação de terras indígenas. (OLIVEIRA FILHO & ALMEIDA 1998, pág. 100)

O Presidente da República (autoridade coatora, uma vez que expedidor do decreto questionado), prestava informações alegando a inexistência do direito líquido e certo dos impetrantes, pois os limites das reservas criadas por meio de decretos incidiam em terras de posse imemorial dos índios, conforme estudo realizado durante os procedimentos demarcatórios.

O STF ao analisar essas situações pacificou o seu entendimento no sentido de que o Mandado de Segurança seria o instrumento inadequado para discutir tais questões, uma vez que os títulos de domínio e as certidões emitidas pela FUNAI seriam insuficientes para a comprovação do direito líquido e certo dos impetrantes, sendo necessária uma alta indagação probatória para esclarecer se tratavam-se ou não de terras de ocupação indígena.

É importante ressaltar que, ao pacificar tal entendimento, o STF findou por definir quais as perguntas que deveriam ser respondidas para a identificação de terras tradicionalmente ocupadas por índios.

O Mandado de Segurança nº. 20.215-7¹⁹, julgado em 5/03/1980, revela os primeiros questionamentos acerca do então vigente art. 198, e seus parágrafos, da Constituição de 1967, sobretudo sobre sua interpretação diante dos demais dispositivos constitucionais, especialmente quanto ao direito à propriedade privada. Segundo o Ministro Relator, Décio Miranda:

Seria necessário verificar quais dos limites dominiais em confronto teria a primazia, o da União, fundado no art. 4º, IV da Constituição, segundo o qual se incluem entre seus bens as “terras ocupadas pelos silvícolas”, ou o dos impetrantes, que traduziria domínio derivado daquele que a mesma Constituição atribui ao Estado de Mato Grosso, a teor de seu art. 59, que considera bens dos Estados, entre outros, “as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior. (MS nº. 20.215-7, p. 70)

¹⁹ Mandado de Segurança publicado no D.28/03/1980, tendo como impetrante UTA AGOPECUÁRIA S/A IND. E CO., E OUTROS contra Decreto do Presidente da República nº 83.262, de 09/03/79, que alterou os limites da Reserva Indígena Pimentel Barbosa. Tratava-se de Reserva Indígena Xavante, criada inicialmente por meio do Decreto 65.212 de 23 de setembro de 1969, pretendendo reservar porção de terras equivalentes a 230.000 hectares. Posteriormente, o Decreto que definiu a área foi revogado pelo Decreto nº 65.405, de 13 de outubro de 1969, uma vez que a demarcação que pretendia o fechamento de uma poligonal perimétrica mostrou-se inviável. Foram realizados novos estudos pela FUNAI e foram fixados novos limites para a reserva, na proporção de 224.200 hectares. Pela constatação de novos erros havidos na elaboração do descritivo periférico da reserva, a FUNAI promoveu nova modificação de limites, reduzindo a área para 215.600 há. Em março de 1979, por meio do Decreto 83.262 ampliou-se a área indígena para 300.600 ha, em decorrência de Exposição de Motivos Interministerial, que relatou os minuciosos e amplos estudos efetuados, com a conclusão de ter havido, na anterior fixação dos lindes da reserva, erros e enganos em detrimento da exata configuração da área indígena. A segurança foi indeferida pela necessidade de alta indagação probatória, incompatível com o mandado de segurança.

Desta maneira, segundo o Ministro Relator, dever-se-ia verificar se as terras em questão eram ocupadas por indígenas, ou se não o eram desde 1960, data da transmissão dos títulos pelo Estado aos particulares. Admitindo-se que os títulos tenham regularmente essa origem, ou seja, tenham sido adquiridos em época em que as terras não eram ocupadas por índios, seriam considerados válidos.

Todavia, verificando-se que “a aquisição originária, ou as que lhe seguiram, coincidem com a regular ocupação indígena, os títulos dos impetrantes perderão a força que acaso formalmente tenham” (MS nº. 20215-7, p. 70).

Seria possível, ainda, uma terceira hipótese, a de que não se tratavam de terras anteriormente ocupadas por índios, mas que a União desejava reservar aos índios, na forma dos arts. 26 e 27 do Estatuto do Índio (Lei 6.001, de 19/12/73), devendo-se concluir que o domínio da União deveria resultar de prévio processo desapropriatório.

Desta feita, conclui-se que a solução da demanda somente seria possível após a análise de provas que não estão pré-constituídas, não servindo os títulos de domínio e certidões negativas de ocupação pelos indígenas como provas suficientes para responder ao questionamento de se tratar de terras de ocupação indígenas, integradas no patrimônio da União e destinadas à posse exclusiva de seus primeiros habitantes (art. 49, IV c/c art. 198 e seus parágrafos da CF/67).

Fica indicado, assim, o caminho das indagações que se seguiriam na análise dos demais mandados de segurança com a mesma matéria discutida no MS 20.215-7 MT.

No Mandado de Segurança nº. 20.235-1²⁰, cujo Relator foi o Ministro Cunha Peixoto, manteve-se para o caso o mesmo questionamento, qual seja:

[...] tratar-se ou não de terras de ocupação de silvícolas, integradas ao patrimônio da União e destinadas à posse exclusiva de seus primitivos habitantes, ou se se trata de terras não anteriormente ocupadas pelos indígenas, mas que a União lhe deseja reservar, na forma dos arts. 26 e 27 do Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001, de 19/12/73), quando será possível reclamar que o domínio da União deva resultar de prévio processo indenizatório. (MS nº. 20.235-1, p. 139)

²⁰ Mandado de Segurança, cuja decisão foi publicada no DJ de 01/07/1980, tendo como impetrante CLAUDINO PIZZATTO e OUTROS contra ato do Presidente da República consubstanciado no Decreto nº. 84.337, de 21 de dezembro de 1979, sob fundamento de que o referido Decreto, ao fixar os limites da Reserva Indígena denominada “Parabubure”, para efeitos do art. 198 da CF/67, incluiu propriedades pertencentes legitimamente aos impetrantes. A segurança foi indeferido por necessidade de alta indagação probatória, incompatível com o mandado de segurança. No mesmo sentido MS 20.234-3 MT.

Note-se que, a controvérsia apresentada sobre terras ocupadas por índios destinava-se a responder aos questionamentos necessários para identificar a necessidade de indenização daqueles que se diziam titulares de direitos dominiais sobre os territórios, uma vez que somente eram nulos os títulos de propriedade que foram anteriormente ocupadas pelos indígenas.

A declaração de voto do Ministro Cordeiro Guerra, muito embora tenha acompanhado o entendimento do Relator no sentido do indeferimento da segurança, explicitou, pela primeira vez, a apreensão diante do art. 198, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1967 – EMC 01.69²¹, sugerindo que os referidos artigos não poderiam ser interpretados em sua literalidade, pois, se assim o fossem, "teriam estabelecido o confisco da propriedade privada neste País, nas zonas rurais, bastando que a autoridade administrativa dissesse que as terras foram, em algum dia, ocupadas por silvícolas". (MS nº. 20.235-1, p. 141)

Em sua manifestação de voto ficou claro o seu posicionamento quanto ao tema, deixando revelar o preconceito que permeava o seu entendimento, conforme cito nos trechos abaixo:

Ora, nós somos um País de imigração, um País continental, em que o homem civilizado abre caminho para a criação de seu império. Isso se fez sempre, através da História, à custa do aborígena, 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 art. 198 é mais ou menos o que está dito no art. 1º do primeiro decreto bolchevique: "Fica abolida a propriedade privada. Revoguem-se as disposições em contrário". Isto entra em choque, evidentemente, com o artigo 153, § 22 da Constituição Federal, que assegura a propriedade privada. O Código Civil assegura a posse. De modo que toda essa legislação tem que ser interpretada com muito cuidado. Diz-se no § 1º do art. 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 ser 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 já foram ocupadas pelos tamoios. Diz, ainda, o caput do art. 198:

"As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a posse permanente e ficando

²¹ "Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º 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.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio".

reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nele existentes.”

Pressupõe efetiva ocupação das terras pelos silvícolas.

(...)

Quando o civilizado invade o território indígena e se estabelece pela força, nesses casos, se há de aplicar os §§ 1º e 2º do art. 198, mas não no caso do colonizador, do desbravador do País. Deixo, assim, isto bem claro, como avant première 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. (MS nº. 20.235-1, p. 141/143)

Reputo relevante a citação, pois fica patente que a construção do pensamento fundamentou-se em concepções racistas que inferiorizava os povos indígenas diante da primazia da “civilização”. Por outro lado, critica severamente qualquer tipo de interpretação do art. 198 da CF/67, e seus parágrafos, que não tenha como base a posse atual dos índios na terra a ser reconhecida como de ocupação indígena, considerando-a a abolição da propriedade privada. Note-se que estão presentes no voto do referido Ministro os argumentos anti-indigenistas, que marcaram o final dos anos 70, demonstrando que a influência das referidas críticas também atingiu o STF.

Resta evidente que a interpretação preocupa-se com as conseqüências do reconhecimento dos direitos indígenas aos direitos dos “civilizados”, que poderão ser prejudicados por um entendimento mais amplo do direito originário dos índios sobre as terras ocupadas, baseando-se para tanto, em um terrorismo infundado de que todo o território nacional poderia ser considerado como de ocupação tradicional, diante da simples alegação de que em alguma época as terras foram ocupadas por povos indígenas.

Assim sendo, o voto do Ministro Cordeiro Guerra deixa clara a sua posição de que o questionamento a ser feito diante da necessidade de identificação de terras ocupadas por índios é se a ocupação é ou não atual. Deve-se, entretanto, ressaltar que a identificação da atualidade da posse é feita segundo os usos e costumes dos brancos, não se considerando o seu sentido para a população a que se refere. O voto traduz, assim, o total desconhecimento do julgador acerca do conceito de terra para o indígena, bem como a forma de tais povos relacionarem com seu meio ambiente.

Excetuaram-se da premissa de ocupação atual os casos em que ficar comprovada a expulsão dos indígenas de suas terras mediante a força, devendo-se aplicar os §§ 1º e 2º do art. 198 da CF. Assim, mesmo diante de todo o preconceito

contido na declaração de voto, verifica-se a possibilidade de reconhecimento pelo Judiciário de situações de violência e expulsão dos povos indígenas de suas terras. Todavia, tal decisão exclui da hipótese apresentada o esbulho dos indígenas pelos colonizadores e deixa de identificar em que momento a violência torna-se inaceitável pelo ordenamento jurídico.

Não obstante a declaração de voto do Ministro Cordeiro Guerra, e inclusive da sua utilização nos fundamentos das ações que continuavam a ser impetradas por particulares, o STF, no julgamento do MS 20.548-2 DF²², de 02/04/1986, manteve o seu posicionamento no sentido de que a discussão cinge-se não aos títulos de propriedade dos impetrantes, mas ao questionamento se as terras objeto do mandado de segurança estão ou não localizadas nas linhas estabelecidas pelo decreto impugnado, e à realidade da ocupação indígena dessas áreas, matéria que seria insuscetível de apreciação em sede de mandado de segurança, sem avaliação do conjunto probatório controvertido, que inclui perícias, relatórios, dados informativos e testemunhas.

Note-se que o Relator, Ministro Oscar Corrêa, não se manifestou sobre a necessidade ou não de ocupação atual da terra pelos indígenas para aplicação do art. 198 e seus parágrafos da CF/67, mas em alguns trechos da sua exposição de razões questiona-se sobre a posse imemorial dos índios, remetendo-se a relatórios da FUNAI e à informação do Ministério Público.

Há de se ressaltar que o Relator, na referida ação, declarou de forma bastante direta sua indignação quanto à multiplicação de demandas entre os que reivindicam a propriedade – que dizem legitimamente adquirida – e a FUNAI, que segundo o Ministro, “quase sempre teve conhecimento antecipado das situações que se criaram e a elas não obviou, quando não acontece que lhes deu causa” (P. 69). Além disso, questionou a veracidade dos dados apontados pela FUNAI, suscitando a possibilidade de fraude nos relatórios de identificação, com um suposto conluio dos responsáveis pela delimitação das terras com os particulares que teriam interesse nos valores indenizatórios derivados da desapropriação.

²² Trata-se de Mandado de Segurança cuja decisão foi publicada no DJ de 08-04-86, tendo como impetrante VALTER ARANTE E OUTROS contra ato do Presidente da República consubstanciado no Decreto 91.416 de 09/07/85, que declarou de ocupação dos indígenas URU-EU-WAU-WAU terras do Estado de Rondônia, que segundo alegação dos impetrantes teria atingido áreas de sua propriedade, legitimamente adquiridas, na qual residiam e trabalhavam com tranqüilidade. A segurança foi indeferida por necessidade de amplo conjunto probatório, incompatível com o *Writt*.

Ocorre que os questionamentos foram associados com uma visão preconceituosa dos povos indígenas, prejudgando os territórios delimitados como extensos em demasia para a quantidade de índios, bem como utilizando termos pejorativos que demonstravam o sentimento de menosprezo à cultura indígena. O Relator afirmou em seu voto a crença no total desconhecimento dos povos indígenas dos territórios demarcados, que “nunca ficarão sabendo que dispõe de tantas regiões nacionais, que jamais viram e, menos ainda, palmilharam com seu passo tardo e despreocupado”. (MS nº. 20.548-2, p. 69)

Do voto do Relator cito:

Sucedem as demandas e inumeráveis vezes áreas tidas como livres, que não se constituíram em território indígena e, assim, cedidas, regular e juridicamente, à propriedade particular “ex abrupto” aparecem em relatórios, documentos, perícias, como “habitat” imemorial dos índios, como se nisso pudessem transformar-se da noite para o dia. E as desapropriações de extensos tratos do território nacional se fazem, custando aos cofres do Tesouro quantias imensuráveis, como se devêssemos dar à irresponsabilidade de criar situações estranhas e irregulares para facilitar, tanto quanto possível, a sangria do debilitado Tesouro Nacional.

[...]

Como se venderam e titularam terras que eram, constitucionalmente inalienáveis, porque habitadas por silvícolas, imemorialmente? Como não se respeitou essa situação, se, afinal, imemorialmente reconhecida? Onde estão os responsáveis por esses erros – tantos e repetidos – que parecem propositados?

Até quando terá a União que arcar com os ônus dessa irresponsabilidade, a ausência de política séria que lhe dê solução e paradeiro?

Espanta, Sr. Presidente, confunde e aturde que, passados tantos anos, ainda hoje, e talvez mais agora, sejam as terras dos indígenas mercadoria que serve a tantos interesses não confessados. De tal sorte que, a cada dia, sucedem-se decretos e decretos que ampliam, em áreas superiores a algumas das mais nobres nações civilizadas, a quota declarada “habitat” dos índios, que – suspeito – nunca ficarão sabendo que dispõe de tantas regiões nacionais, que jamais viram e, menos ainda, palmilharam com seu passo tardo e despreocupado.

Mas que, por certo, senhores civilizados, têm amplo conhecimento, e tiram, ainda mais amplo proveito. (MS 20.548-2, p. 68/70)

Fica claro que, por mais que o posicionamento do STF considerasse insuficientes os títulos de propriedade e as certidões negativas de ocupação indígenas emitidas pela FUNAI, exigindo-se uma dilação probatória no sentido de comprovação da ocupação das terras pelos indígenas, nos moldes do art. 198 da Constituição Federal de 1967, os votos eram permeados de preconceito sobre os povos indígenas, que eram vistos como incapazes e vítimas de manipulação, sujeitos completamente alheios a qualquer decisão que fosse tomada.

Além disso, quando os argumentos acima foram apresentados, não se questionou sobre a noção de território dos povos envolvidos na demarcação, ao contrário, os votos demonstraram total ignorância acerca do significado e uso da terra pelos indígenas.

No Mandado de Segurança 20.515-6 DF²³, o voto do Ministro Relator Djaci Falcão, acompanhado com unanimidade pelos demais Ministros do Pleno, à exceção dos Ministros Carlos Madeira e Moreira Alves, ausentes justificadamente, foi no sentido de se considerar inviável a pretensão dos impetrantes uma vez que não configurada a ofensa ao direito líquido e certo. Considerou-se que a solução do litígio dependia do exame de elementos probatórios para a fixação da área em disputa, sobretudo considerando as informações prestadas pelo Presidente da República de que se tratava de “posse imemorial dos silvícolas e conseqüentemente, a eles assegurada pela nossa Carta Magna” (MS nº. 20.515-6 DF, p. 274)

O Ministro citou, como um de seus fundamentos, o seguinte trecho da informação prestada pelo Presidente da República:

A exibição pura e simples do registro de um título de propriedade nem sempre significa ou constitui um direito líquido e certo, desde está sujeito à impugnação, inclusive os casos em que referidos registros acobertem títulos de domínio incidentes em áreas de posse imemorial indígena (fl. 306). (MS nº. 20.515-6 DF, p. 274)

Mais uma vez firmou-se o entendimento de que a discussão seria a respeito da posse imemorial da terra pelo indígena, porém não se deixando clara a necessidade de ocupação atual do território.

Na decisão do Mandado de Segurança 20.556-3²⁴, o STF manteve o mesmo posicionamento adotado nos demais, baseando-se no MS 20.234 MT. Um conceito importante foi trazido do MS 20.234 MT, mais propriamente utilizando como

²³ Mandado de Segurança, publicado no DJ de 22/08/1986 impetrado por Antonio Morimoto e outros contra o Decreto nº. 91.210, de 29.04.1985, do Presidente da República, que homologou a demarcação administrativa da área indígena Vale do Guaporé (MT) em favor de vários grupos do povo Nambiquara.

²⁴ Mandado de Segurança, publicado no DJ de 19/12/1986, impetrado por Agropecuária São Marcos S.A. pedindo a desconstituição do Decreto nº. 92.011, de 28 de novembro de 1985, do Presidente da República que declarou de ocupação indígena a área Japuira em benefício do Grupo Erikbatsá.

fundamento um trecho das informações prestadas pela autoridade coatora²⁵, que passo a citar:

[...] Não se tem dúvida de que a área apenas limitada, de que se trata, é e sempre foi de posse indígena. Esta afirmação é, além do mais, comprovada com a expedição dos Decretos nºs. 65.212/69, 65.405/69, 75.426/75, e da Portaria MINTER nº. 1.104/72, anteriormente citado, e a sua ocupação pelo silvícola, não decorre só da imemorialidade, mas é atual. Assim deve ser considerada nos casos, como o que se examina, de “ausência temporária” do índio, expulso de seu habitat pelos invasores de suas posse. E a conclusão levaria a admissão de entendimento contrário? A de que bastaria, tão somente, a expulsão do índios, de suas posses, para descaracterizar a natureza jurídica das terras, que, à força, deixaram de ocupar. (RTJ 99/72 apud MS 20.556-3 DF, p. 82)

Uma ampliação do conceito de posse indígena pode ser destacada, qual seja, a de que as terras das quais os índios foram expulsos não deixaram de ser ocupadas para fins do art. 198 da Constituição. Desta maneira, apresenta-se o conceito de “ausência temporária” do índio.

Trata-se de relevante incorporação ao referido conceito, uma vez que considerado o contexto histórico de esbulho dos índios de suas terras, bem como a importância da realidade para a sua definição, demonstrou-se que a expulsão não descaracteriza a natureza jurídica dos territórios, que permanecem ocupados. O conceito de posse civil é flexibilizado, para se conceber um conceito de posse indígena.

Nos julgamentos dos Mandados de Segurança nº. 20.575-0 DF, publicado no DJ de 21.11.1986, MS nº. 20.723-0 DF, publicado no DJ de 18.03.1988, MS nº. 20.722-1, publicado no DJ de 12.05.1988 e no MS nº. 20.751-5, publicado no DJ de 19.08.88, o STF manteve o seu posicionamento no sentido do indeferimento da segurança em razão da ausência de direito líquido e certo e da necessidade de dilação probatória, para o que se ressalvavam ao impetrante as vias ordinárias.

²⁵ Note-se que no MS 20.234, as informações prestadas pela autoridade coatora foram apresentadas no Relatório do Acórdão, como mera exposição dos argumentos das partes. No MS 20.556-3, as informações do Sr. Presidente da República foram adotadas como razão de voto.

3.2.1 Argumentos apresentados no debate após o advento da Constituição de 1988

Em 1994, ou seja, após o advento da Constituição de 1988, o julgamento do Mandado de Segurança nº. 21.575-5²⁶ retomou alguns argumentos do debate acerca das terras ocupadas por indígenas.

Os impetrantes na referida ação alegaram que a aquisição do lote rural denominado Santa Rita, contendo 7.584 hectares, ocorreu na década de 1920, por meio de requerimento postulado junto ao Governo do Estado de Mato Grosso. Promovida a aquisição, o proprietário teria se mantido na posse e domínio da área, tendo a transferido parceladamente a terceiros, conforme certidões acostadas aos autos.

Os autores afirmaram, ainda, que jamais se teve conhecimento de qualquer litígio envolvendo a área. Entretanto, mediante Decreto nº. 94.945/87, a União teria constituído Grupo de Trabalho para a definição de limites e declaração de ocupação indígena da terra Guasuti. Os estudos teriam sido conclusivos no sentido da ausência de ocupação permanente por parte dos indígenas. Em 1991, a FUNAI teria reaberto o processo administrativo, constituindo pela Portaria nº. 398/1991 a Comissão Especial de Análise com a finalidade de rever os estudos efetivados. O resultado do estudo antropológico teria sido idêntico ao do primeiro levantamento. Todavia, segundo os impetrantes, em 1991 os técnicos da FUNAI teriam invadido as propriedades dos particulares, promovendo a demarcação administrativa de 9.587.993 hectares, e transferido para as terras cerca de cem índios. Por ocasião da ECO 92, veio a ser homologada a demarcação administrativa por ato do Sr. Presidente da República.

Alegaram, por fim, que o decreto impugnado contrariaria o artigo 231 e §1º, uma vez que a definição contida naquele parágrafo seria categórica no sentido de que são “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as

²⁶ Mandado de Segurança, julgado em 03/02/1994 e publicado no DJ de 17.06.1994, tendo como impetrante Tetsuo No e outros, contra ato do Presidente da República consubstanciado no Decreto Homologatório de 21 de maio de 1992 que procedeu a demarcação administrativa da área indígena denominada “Guasuti”, no estado de Mato Grosso do Sul. Os impetrantes alegavam a ilegalidade do Decreto por se tratar de terras particulares, de posse de produtores rurais, com base em títulos de domínio que remontam a 1920. Mandado de segurança indeferido por maioria, vencido o Ministro Relator Marco Aurélio.

necessárias à sua reprodução física e cultural segundo seus usos, costumes e tradições”, o que exigiria a posse atual das terras pelos indígenas.

Das informações prestadas pelo pelo Ministro de Estado da Justiça, destacam-se os seguintes argumentos:

- 1- Não procede o cerceio de defesa. Sobre ele não se mostram precisos os Impetrantes. Mesmo que se despreze tal aspecto, não se pode cogitar, no procedimento técnico-científico de demarcação, a ser promovido pela Administração Pública, do direito, em si, à participação de estranhos a ela.
- 2- Os estudos procedidos pelo Antropólogo Alceu Mariz evidenciaram a imemorialidade da área homologada como um tekoha, um espaço próprio, do grupo kayowá. Na peça encaminhada à Consultoria Geral da República são transcritos trechos do trabalho realizado, no sentido de que “mesmo fora de sua terra, conservam sua unidade política e social de forma definida e autônoma”, as famílias dos indígenas.
- 3- O grupo em questão até recentemente vinha cometendo suicídios contínuos.
- 4- Aos kayowás foram destinados 930 hectares enquanto os impetrantes espalham-se por 7.584 hectares
- 5- O adquirente das terras, Nestor de Souza, não demonstrou que nos dois anos após agosto de 1936, data da aquisição, tornou-as produtiva, sendo certo que o espólio loteou as áreas, vendendo-as a terceiros em quinhões, sem que se tivesse registro de benfeitorias ou plantações.
- 6- No caso, o registro cartorial procedeu à caracterização da área como de ocupação indígena imemorial.
- 7- A matéria não é suscetível de exame mediante mandado de segurança, porquanto demanda apuração de fatos controvertidos, conforme decidiu esta Corte nos mandados de segurança nº. 20.722, relatado pelo Ministro Célio Borja, cujo acórdão foi publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº. 128/627 e nº. 20751, Relatado pelo Ministro Moreira Alves, com acórdão veiculado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº. 129/578. De qualquer forma, os direitos originários dos índios sobre as terras prevaleceram sobre questões possessórias, como enfatizou o Ministro Victor Nunes Leal no mandado de segurança nº. 16.443.” (MS 21.575-5 MS, Relatório, p. 199)

Note-se, primeiramente, nos argumentos apresentados pelo Ministro da Justiça, por meio do parecer do Consultor Jurídico Cláudio Lemos Fonteles, que o entendimento do Estado é de que o procedimento demarcatório é técnico-científico, não havendo de se falar em contraditório daqueles que afirmam deter a posse ou domínio da terra a ser demarcada.

O parecer antropológico tem um papel legitimador da decisão administrativa, pois representa a materialização do rigor “técnico-científico” capaz de impor neutralidade aos atos emanados pelo Estado. Neste sentido, afasta-se qualquer direito de defesa de terceiro interessado no procedimento administrativo.²⁷

²⁷ Questiono, entretanto, a lógica impositiva da demarcação, pois quando considerada como um procedimento “técnico-científico” afasta, também, os principais interessados, quais sejam os indígenas, que, na maioria das

Verifica-se que os principais argumentos apresentados pelo Estado para manutenção da demarcação derivam direta ou indiretamente dos estudos antropológicos realizados na área. Tais análises evidenciaram a imemorialidade da área homologada como um espaço próprio do grupo kayowá, ou seja, um tekoha, ressaltando-se que os indígenas mesmo fora de suas terras conservaram a sua unidade política e social de forma definida e autônoma. Por outro lado, os estudos informaram que o grupo indígena vinha cometendo suicídios contínuos, em razão da expulsão de suas terras. Desta feita, tais alegações são relevantes no sentido de convencer o Judiciário que a terra, embora não mais ocupada pelos indígenas, continuava sendo imemorialmente ocupada e permanecia sob a posse indígena.

Não obstante às críticas que possam ser feitas à análise tecnicista dos laudos antropológicos, bem como, ao fato de considerá-los como solução científica e neutra para as questões indígenas, não se pode deixar de reconhecer a sua importância, sobretudo nos casos em que no momento da demarcação não ficar caracterizada a posse imediata dos indígenas sobre as terras pleiteadas, como o em destaque.

Assim, o laudo antropológico trouxe informações relevantes do povo indígena envolvido na demarcação das terras, tal qual o seu conceito de terra (tekoha) e sua forma de organização política e social, fornecendo ao Poder Judiciário os referidos dados, que deverão ser considerados no julgamento da ação. Ademais, trazem ao universo jurídico a realidade da importância da delimitação daquele território, e não outro, para o povo envolvido, ressaltando-se a forma com que se dá a relação entre os Kayowá e sua terra tradicionalmente ocupada, e as consequências da expulsão, que resultaram nos suicídios relatados.

vezes, desenvolvem formas diversas de conhecimento e apresentam dificuldades para participar do processo demarcatório, passando a ser tão somente objetos de estudo. Por outro lado, a suposta neutralidade que se quer atribuir aos atos estatais por meio da metodologia científica é inalcançável, sobretudo quando considerado que as questões envolvem sujeitos que carregam consigo valores e conceitos pré-concebidos. Para melhor análise da questão vide GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5. ed. Petrópolis-RJ, 2003.

3.2.1.1 Argumentos (re)apresentados no voto vencido do Ministro Marco Aurélio: gênese dos fundamentos da Súmula 650

No voto do Ministro Relator²⁸, Marco Aurélio, mais uma vez, os laudos antropológicos tiveram destaque na interpretação, no entanto, sob um enfoque diferenciado. Senão vejamos:

Contrariando toda a jurisprudência do STF, o Ministro Relator considerou que as informações e documentos que vieram aos autos eram suficientes para o julgamento da lide. Segundo o seu entendimento, os fatos seriam incontroversos, porque alegados e não contestados pela parte contrária. Assim o Ministro os apresenta:

- a) os Impetrantes, considerada uma cadeia de títulos de data de 1936, têm o domínio de terras do imóvel rural denominado Santa Rita;
- b) em 1987, foi constituído Grupo de Trabalho Interministerial objetivando definir limites e elucidar a ocupação indígena das citadas terras, p.s 65, 162 e 387 – documentos juntados pelos Impetrantes, pela Presidência da República e pela FUNAI;
- c) feitos os levantamentos cabíveis, o Grupo concluiu, em 20 de julho de 1988, pelo não-reconhecimento da área como de ocupação permanente indígena – p.s 66 e 158;
- d) Atuou, como antropóloga, Rosane Cossich Furtado, que, após acusar a existência de nove Tekoas (idéia que os Guaranis fazem do lugar que ocupam) em Mato Grosso do Sul, nos locais que os indígenas tem como próprios (p. 171), esclareceu que os da área em comento deixaram-na de há muito, ou seja, entre 1938 e 1940, não retornando ao local, insto segundo as informações prestadas por índios mais idosos, (p. 173). O relatório veio aos autos com o pronunciamento da Presidência da República – p.s 164 a 186, sendo também anexado pela FUNAI (p.s 335 e seguintes).
- e) à época, foram levantadas, para indenização, as benfeitorias existentes na área (documentos anexados ao pronunciamento da FUNAI – p.s 386 a 416).
- f) em 1991, foi constituída nova Comissão Especial de Análise, conforme Portaria nº. 398, de 26 de abril de 1991, publicada no Diário Oficial de 02 de maio do mesmo ano;
- g) o trabalho desenvolvido pelo antropólogo Alceu Cotia Mariz desaguou nas mesmas conclusões da profissional que atuara anteriormente. Reafirmou-se que o grupo indígena Kayowá fora, nos idos de 1938, transferido para a Reserva de Takuapery, deixando as terras que até então ocupam – p.s 151 a 157 e 461 e 462 – documentos trazidos aos autos pela Presidência da República e pela FUNAI e publicado no Diário Oficial de 27 de setembro de 1991;
- h) em 21 de maio último foi baixado, para fins do artigo 231 da Constituição Federal, o Decreto de homologação da demarcação das terras que os Impetrantes têm como violador dos respectivos direitos – p. 79.
- i) seguiram-se as comunicações aos fazendeiros locais, contendo a notícia da homologação da área e três itens reveladores da extensão do ato

²⁸ Abstenho-me de analisar as questões processuais envolvidas na apresentação de voto do Ministro, atendo-me à discussão acerca das terras indígenas e dos títulos de propriedade.

praticado. No primeiro, diz-se da “reocupação, por direito, dos indígenas”. No segundo, dá-se “o prazo de cinco dias” para a desocupação da área de semoventes e/ou eventuais moradores. No terceiro, ressalva-se que “a FUNAI ficará isenta das responsabilidades dos danos que porventura venham a acontecer pelo não-cumprimento desta determinação” (p.s 87 a 90);

j) a Diretora Geral de Assuntos Fundiários – interina – da FUNAI encaminhou ao oficial do Cartório de Registro de imóveis as peças técnicas relativas à demarcação, aludindo ao fato de tratar-se de terras “de posse imemorial e tradicional dos Grupos Indígenas Kayowá/Guarani” e pedindo a modificação nas matrículas, respectivas – p. 96.

l) o zeloso oficial opôs ao requerimento as objeções que estão no documento de p.s 97 e 98, ressaltando a segurança jurídica que os registros nas matrículas dos imóveis geram e a eficácia enquanto não cancelados. (MS 21.575-5, p. 204/206)

A partir dos fatos narrados, tidos como incontroversos, o Ministro Relator colocou-se diretamente diante seguintes questionamentos:

Qual o alcance do disposto no artigo 231 da Constituição Federal de 1988? Implica a garantia de permanência dos indígenas nas terras? Assegura o retorno dos indígenas a terras em alguma época, ainda que perdida no tempo, ocupadas, fulminando-se uma cadeia de títulos devidamente registrados? (MS 21.575-5, p. 207)

O Ministro Relator passou, então, a historiar a trajetória constitucional do direito indígena às terras ocupadas, de forma a tentar compreender qual o alcance do art. 231 da CF de 1988. Assim, destacou que a Constituição de 1934 respeitava somente a posse de terras nas quais os indígenas se achem permanentemente localizados. Posteriormente, ressaltou que a Constituição de 1946 manteve-se tímida quanto à proteção das terras indígenas, adotando o critério da que a precedeu, modificando apenas formalmente o texto.

A Constituição de 1967 teria ampliado a regulamentação da matéria, cominando a nulidade e também a extinção de efeitos jurídicos de qualquer natureza dos atos que tivessem por objeto o domínio, a posse e a ocupação de terras habitadas por indígenas, destacando o fato de a Constituição utilizar o termo “terras habitadas”.

Então, o Ministro concluiu que, na entrada em vigor da Constituição de 1967, segundo o primeiro laudo antropológico realizado, os indígenas

[...] já estavam há pelo menos vinte e sete anos longe de suas terras e, portanto, quer para a definição do domínio da União, quer para a proteção aos próprios silvícolas já não se podia falar em terras por eles ocupadas (MS 21.575-5, p. 207)

Por fim, declarou que a Constituição de 1988 não pretendeu uma revolução na matéria regulada pelas outras constituições, não tendo o condão de fulminar situações jurídicas constituídas sob o pálio de constituições precedentes. Assim, o ao se cogitar dos bens da União no art. 20, inc. XI,

[...] dentre eles incluíram-se não as terras que outrora foram ocupadas pelos silvícolas e que, por isto ou por aquilo, deixaram de sê-lo e, mais do que isto, passaram ao domínio privado, atuando como alienante o próprio Estado". (MS 21.575-5, p. 210)

Verifica-se que o Ministro Relator não reconheceu a relevância da análise das causas que levaram à saída do povo indígena das terras em disputa, mas afirmou que, independentemente do que os fez sair da área, a situação jurídica constituída após a retirada, ou seja, o domínio privado ou Estatal, deveria ser respeitada. Legitima-se pelo decurso do tempo a expulsão dos grupos indígenas de suas terras e junto com ela toda a violência e desmandos realizados pelo Estado e por particulares interessados na riqueza das terras dos índios.

Continuando, passo a citar alguns trechos esclarecedores do voto do Ministro Marco Aurélio:

[...] Aludiu-se às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – inciso XI do artigo 20, o que, no campo da razoabilidade, da segurança da vida de um Estado Democrático de Direito, faz pressupor situação de fato definida – a ocupação – muito embora presentes conflitos quanto aos limites em que verificada. 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 atual da 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 da vida em uma sociedade (MS 21.575-5, p. 210/211)

Desta maneira, o Ministro Relator firmou o seu entendimento no mesmo sentido do voto vencido do Ministro Ribeiro da Costa, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 44585 de 11/10/1961 e da manifestação de voto do Ministro Cordeiro Guerra, no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.231, de

01/07/1980²⁹, entendendo que a posse indígena a ser protegida é a atual, e que a ocupação que a Constituição remete-se é a atual, exigindo-se que os indígenas estejam nas terras para que as mesmas possam ser reconhecidas.

O conceito de ocupação imemorial, por vezes presente nas discussões do STF sobre terras indígenas, como acima destacado, foi afastado diante da importância de se preservarem as relações jurídicas que foram formalizadas após a “saída” dos índios das terras. Segundo o Ministro, ao se reconhecer direitos indígenas sobre terras não mais ocupadas há anos, o Estado Democrático de Direito estaria colocando em risco “a segurança da vida na sociedade”. Ao que parece, a preocupação em preservar um *status quo* seria mais importante do que o respeito aos direitos indígenas e mais, o reconhecimento desses direitos é visto como uma ameaça à sociedade, da qual certamente, tais índios não participam.

Os argumentos apresentados, não findam por aí, continuam permeados de preconceito e preocupação com um provável fortalecimento dos grupos indígenas, senão vejamos:

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 artigo 231 está ligado, no particular, às “terras que tradicionalmente ocupam” (presente), sendo que houve nítida preocupação em definir o sentido da expressão. [...] Constata-se que toda a definição parte do pressuposto de as terras virem sendo habitadas pelos silvícolas, valendo notar que, coerentemente, o §1º do citado artigo veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras. Por outro lado, a regra sobre a nulidade, extinção e ausência de produção de efeitos jurídicos, verdadeira superposição de conseqüências, isto quanto aos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o artigo ou a exploração das riquezas naturais do solo, rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União - §6º - não tem alcance suficiente a fulminar alienação que foi formalizada por unidade da Federação há mais de meio século, sob pena de abrir-se campo propício a um sem número de reivindicações em tal sentido, pois o artigo 232 da Carta cogita da legitimação das comunidades e organizações indígenas para ingressar em Juízo em defesa dos direitos e interesses assegurados. Fico a imaginar o descalabro do enfoque abrangente que respaldou o Decreto de homologação. Para os fins do artigo 231 da Constituição Federal, admitiu-se não a habitação das terras em período ao menos posterior à Carta de 1967, mas até 1938. Imagine-se o que poderá vir a acontecer com áreas em que hoje existem grandes cidades e que outrora foram ocupadas por índios. (MS 21.575-5, p. 211/212)

²⁹ Note-se que quanto ao Ministro Cordeiro Guerra, tratava-se tão somente de manifestação de entendimento, pois o seu voto foi no sentido do indeferimento do mandado de segurança, acompanhando os demais Ministros do STF.

Verifica-se, então, que o entendimento defendido pelo ministro Relator é indiferente à forma pela qual se deu a saída dos indígenas das terras, ou ao tempo em que a ocupação deixou de ser atual, pois o art. 231 da CF/88 não garante o retorno dos indígenas às terras que outrora ocuparam mesmo sendo reconhecidos a posse imemorial e o fato de terem sido ocupadas tradicionalmente. A interpretação representa a legitimação pela ordem constitucional dos esbulhos das terras indígenas.

Da análise do voto, proponho alguns pontos de reflexão: A Constituição de 1988 assegurou aos indígenas uma gama de direitos que juntos representam uma maior alteridade dos povos indígenas, bem como uma maior força social e política. Por outro lado, como foi destacado no voto do Ministro Marco Aurélio, foi reconhecido no artigo 232 da CF/88 a legitimação das comunidades e organizações indígenas para ingressar em Juízo em defesa dos direitos e interesses assegurados, retirando-lhes a posição de assistidos por um órgão controlado pelo Estado. Assim, o fortalecimento dos povos indígenas e autonomia deles para postular seus direitos em juízo poderiam significar um aumento significativo de demandas judiciais e, ainda, uma ameaça aos que por anos se locupletaram com as riquezas àqueles pertencentes.

Deve-se ressaltar que o supracitado voto não foi vencedor no julgamento, entretanto, o Ministro Marco Aurélio virá a ser o Relator do RE 219.983-3 SP, principal precedente da Súmula 650 do STF, mantendo os argumentos ora apresentados.

3.2.1.2 Os contra-argumentos do voto vencedor do Ministro Ilmar Galvão

O entendimento defendido pelo Ministro Marco Aurélio, como ocorrera antes com o Ministro Ribeiro da Costa e com o Ministro Cordeiro Guerra, ficou vencido diante dos fundamentos do voto vista do Ministro Ilmar Galvão, que foi acompanhado pelos demais Ministros do Pleno. Mais uma vez, o destacado entendimento não foi consagrado na Corte Constitucional.

O voto vista do Ministro Ilmar Galvão considera imperioso para a caracterização da área como “terras tradicionalmente ocupadas” pelos índios Kayowás que se apure “se os referidos indígenas, entre 1938 e 1940, ao serem transferidos para a reserva de ‘Takuapery’, não haviam sido compelidos a deixar

uma área de ocupação imemorial” (MS 21.575-5, p. 221). Em caso de terem saído voluntariamente, o Ministro considera que as terras desocupadas tornar-se-iam devolutas, passíveis de alienação pelo Estado. Porém, se for constatado que os índios foram de alguma forma, expulsos ou impelidos a deixar as terras, a conclusão seria de que estas não deixaram de ser tradicionalmente ocupadas, portando protegidas pela inalienabilidade.

Note-se que em caso de saída involuntária dos indígenas de suas terras, a norma constitucional não teve o condão de tornar públicas terras incorporadas ao domínio particular, nem de transferir para a União terras de domínio dos Estados, pois

as terras em questão nunca teriam saído do domínio da União, havendo nele permanecido, vinculadas que se achavam à satisfação de direitos indígenas, direitos esses reconhecidos, desde o famoso Alvará de 1º de abril de 1680, como originários, resultantes de uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, como fonte primária e congênita de posse territorial. (MS 21.575-5, p. 221)

Conclui o Ministro Relator que, no caso em questão, resta ser deslindada em fase processual própria “se a área de ‘Guasuti’ era, ou não, tradicionalmente ocupada pelos índios, quando os ‘Kayowás’ foram dela transferidos para a referida reserva de ‘Takuapery’”. (MS 21.575-5, p. 222)

Verifica-se que a tese defendida pelo Ministro Relator de que a terra indígena para ser tradicionalmente ocupada teria como condição indispensável a atualidade da posse indígena não prevaleceu no STF, pois a discussão foi remetida à necessidade de produção de provas sobre a ocupação imemorial do território em disputa, e sobre a forma pela qual a terra foi desocupada pelos povos indígenas, acaso estes não tenham a posse imediata do território.

Desta feita, nos Mandados de Segurança impetrados por particulares titulares de título de domínio sobre as terras, contra Decreto do Presidente da República homologatório da demarcação administrativa de áreas indígenas, o STF firmou o entendimento da necessidade de ampla análise de provas sobre a imemorialidade da posse indígena, incluindo-se na fase probatória a oitiva de testemunhas, análise documental, como notícias de jornal e trabalhos científicos produzidos sobre o povo indígena, e, de forma especial, o laudo antropológico.

O Mandado de Segurança, por não ser compatível com a ampla produção de provas (pressupõe direito líquido e certo violado), não seria a via processual adequada para anular os atos de homologação de demarcação administrativa, com base na inconstitucionalidade dos referidos procedimentos.

Por outro lado, na interpretação adotada pelo STF, não obstante a existência de entendimentos divergentes, foram considerados insuficientes os títulos reconhecidos em cartório de domínio das terras demarcadas, bem como do conceito de “terras tradicionalmente ocupadas” ou “terras ocupadas por silvícolas” não se excluíram as áreas em que os indígenas não detinham a posse atual, tendo um relevante papel probatório o laudo antropológico que seria capaz de identificar a posse imemorial dos indígenas sobre a terra objeto da lide, e, ainda, descrever a forma de desocupação pelos indígenas.

No entanto, no julgamento dos Mandados de Segurança que chegaram até o STF, a Corte Constitucional não analisou as provas, de maneira a reconhecer ou afastar a ocupação tradicional, não sendo possível conhecer a interpretação adotada na identificação das terras indígenas, pois as vias ordinárias ficavam sempre reservadas. Ou seja, reconhecia-se a impropriedade da via eleita, porém aos demandantes ficavam ressalvadas as vias ordinárias para comprovar que as áreas demarcadas não eram terras tradicionalmente ocupadas.

3.3 A INTERPRETAÇÃO DO STF NAS AÇÕES CÍVEIS ORIGINÁRIAS (ACOr)

Como ficou demonstrado no item acima, as decisões do STF nos Mandados de Segurança ressalvavam aos impetrantes as vias ordinárias para a comprovação de que as áreas indígenas demarcadas não são “terras tradicionalmente ocupadas” no intuito de validar os seus títulos de domínio, seja para terem restituída a propriedade e a posse, supostamente violada com a homologação da demarcação administrativa, seja para obter indenizações do Estado.

É importante frisar que, acaso ficasse provado na ação ordinária que as terras adquiridas pelo particular não eram áreas de posse tradicional dos indígenas, os títulos de propriedade dos particulares seriam válidos, só podendo ser desapropriados mediante justa indenização, em caso de o Estado ter o interesse de

reservá-las à posse indígena.³⁰ Caso contrário, ou seja, as terras sendo tradicionalmente ocupadas por índios, os títulos de propriedade seriam nulos nos termos do §6º do art. 231 da Constituição Federal de 1988, sendo indenizáveis somente as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

As ações cíveis ordinárias são interpostas na Justiça Federal, uma vez definida a sua competência com base no art. 109, inciso XI da CF/1988³¹. Assim somente são julgadas originariamente pelo STF as ações cíveis que envolvam conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, inclusive entre as respectivas entidades da administração indireta (art. 109, alínea “f” da CF/1988). Tal fato justifica a identificação de somente duas Ações Cíveis Originárias entre as ações pesquisadas, registradas sob os números ACOOr 297-4 - MT³², julgada em 02.05.1985, e ACOOr 323-7 - MG³³, julgada em 14.10.1993.

Não obstante o número reduzido de ações cíveis originárias que serão analisadas, o conteúdo é de extrema relevância, pois nas duas ações o STF discute o conceito de terras tradicionalmente ocupadas de forma mais abrangente, uma vez que permitida ampla produção e análise de todos os tipos de prova em direito admitidos.

A questão que se coloca em ambas as ações é saber se a área disputada é ou não terra ocupada imemorialmente por indígenas. Note-se que o

³⁰ De acordo com art. 26 do Estatuto do Índio, Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, cujo texto cito:

“Art. 26- A União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais.

Parágrafo único. As áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas, podendo organizar-se sob uma das seguintes modalidades:

- a) reserva indígena;
- b) parque indígena;
- c) colônia agrícola indígena; e
- d) território federal indígena.”

³¹ “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

XI – a disputa sobre direitos indígenas”.

³² Ação Cível Originária, julgada em 02.05.1985, publicada no D.J. de 13.09.1985, figurando como autor Júlio de Queiroz Filho e réus Fundação Nacional do Índio – FUNAI, União Federal e Estado de Mato Grosso. Na referida ação o autor reivindicava indenização alegando ser o legítimo e exclusivo proprietário de imóvel rural adquirido do Estado de Mato Grosso, que, após o Decreto nº. 74.477, de 29.08.74, teria ficado dentro dos limites da Reserva indígena dos Kayabi. Ao final, a ação foi julgada procedente para considerar que as terras apossadas pela FUNAI não são terras imemorais dos Kayabi, sendo, portanto, legítimos os títulos de domínio do autor, não podendo a União apropriar-se deles sem prévia desapropriação.

³³ Ação Cível Originária, julgada em 14.10.1993, publicada no D.J. de 08.04.1994, figurando como autor Fundação Nacional do índio e União Federal e Réus Adimário Penedo de Oliveira e outros e Adão Correa de Faria e outros, e Estado de Minas Gerais. A ação visava a declaração de nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais, concedidos pelo governo do Estado de Minas Gerais e incidentes sobre área indígena imemorialmente ocupada pelos índios Botocudos Krenak, Pojixá e Nadkre-eché. Ao final a ação foi julgada procedente para anular os títulos diante da constatação da posse imemorial dos grupos indígenas.

conceito utilizado foi o de posse imemorial, utilizando-se para sua composição elementos advindos dos laudos de antropólogos - que assumem os papéis de perito judicial (teoricamente imparcial) e assistente técnico das partes, oitivas de testemunhas, notícias de jornais, pesquisas históricas e documentos oficiais.

Na ACO^r 297-4, o autor pretende a declaração de que as terras que formaram a Reserva Indígena Kayabi não eram imemorialmente habitadas por indígenas, mas que foram criadas para possibilitar a atração dos grupos esparsos e nômades, conforme a própria justificativa dos Decretos que criaram a reserva.

Ressalto que a prova mais relevante ao convencimento do Ministro Relator, Oscar Correa, foi a resposta dada pelo perito do juízo e pelos assistentes técnicos ao quesito formulado pela FUNAI, qual seja: “Queiram os Srs. Peritos responder: Se a área de terras abrangidas pela Reserva Indígena Kayabi, situada no município de Diamantino, Estado de Mato Grosso, é habitat indígena?” (ACO^r nº. 297-4, p. 39)

Nas respostas ao questionamento o perito judicial e, sobretudo, o assistente técnico do autor foram contundentes em afirmar, a partir de estudos feitos em trabalhos etnográficos, que

[...]a área objeto da alienação dos lotes pelo Estado de Mato Grosso aos Autores não era habitat imemorial dos Kayabi, para ali conduzidos, a partir de 1955, e, sobretudo, em datas posteriores, levando, depois, à criação da Reserva Indígena Kayabi, pela FUNAI, ainda que não conseguindo mantê-los congregados em área demarcada. (ACO^r nº 297-4, p. 56)

O papel de maior destaque entre as provas analisadas é o parecer do antropólogo Expedito Arnaud, assistente técnico do autor, que se utilizou do conceito de áreas-culturais de Galvão para enquadrar os Kayabi na área-cultural Tapajós Madeira, considerada como seu *habitat* tradicional. Com base em vários estudos etnográficos, o antropólogo descreveu o histórico de migrações do povo Kayabi, com as suas fusões e cisões no passar dos tempos. O estudo apresentado pelo antropólogo é eleito pelo Ministro como a “síntese das modificações quanto à localização dos Kayabi”(ACO^r nº 297-4, p. 47)

Relevante, também, foi a manifestação do assistente do autor, agrimensor e advogado Paraguassú Éleres, que concluiu:

Feito o registro e lançada a hipótese, complementamos a resposta de que apenas dois são os “habitat” imemoriais dos Kayabi:

1 – O da faixa de terras mesopotâmicas entre os Rios Verde e Paranatinga, no Mato Grosso.

2 – O da margem direita do Rio Teles Pires, antigo posto do SPI, no Pará. Quanto aos sítios da margem do Rio dos Peixes – quer à montante, quer à jusante do Salto do Tatuí, esta Assistência Técnica não os considera “habitat” imemorial, pelos seguintes motivos:

1 – O Padre João Donstauder iniciou sua campanha catequética em 1955 e, em seu mapa (anexos 6.), registra “ALDEIAS ATUAIS” nesse mesmo ano. Ora, em 1958, o Professor J. G. Malcher publica a 1ª Edição de “ÍNDIOS” que, como já vimos, nem ao menos faz referência a Kayabi, no Rio dos Peixes. Portanto, o registro do Pe. João, em 1955 deve se referir a um dado muito recente àquela época. Não havia, portanto, “imemorialidade” e ocupação indígena à montante do Salto do Tatuí em 1955, salvo a registrada no mapa de Curt Nimuendajú para os índios Timauan e Tapayuna (anexo 7.1), em 1820, observando-se que naquela mesma micro região geográfica, o Projeto RADAMBRASIL (Anexo 8.1) registra um povoado de nome ITAPAIUNA, que talvez deva sua toponímia à histórica ocupação daqueles índios no passado e que hoje nem mais habitam a região.

2 – Quanto à ocupação no sítio atual, iniciada em 30 de setembro de 1960, além de ser posterior àquela, acima do Salto, ainda tem sobre si a agravante de não ter sido decidida pelo próprio da tribo, posto que feita sob ingerência de elemento estranho ao corpo social de grupo – o que provocou, inclusive a cisão do tribo, seguindo uma parte para o Xingu e outra com o Padre João e o índio Chico. A própria administração federal deixa implícita a infante ocupação, quando na Exposição de Motivos propõe a criação da RESERVA para “ATRAÇÃO”, o que não ocorreria se já houvesse tradição e ancianidade. (ACOOr nº 297-4, p. 54/55)

Ressalte-se que a Assistente Técnica da FUNAI, Sônia de Almeida Demarquet, afirmou não ter dados para responder qual era o *habitat* originário, e em que época remota o grupo se separou (ACOOr nº 297-4, p. 38)

Da análise do voto do Ministro Relator, verifica-se a importância atribuída aos estudos apresentados nos pareceres dos assistentes técnicos, sobretudo daqueles vinculados ao autor, e a importância atribuída à “cientificidade” dos relatos, alcançada pelas citações de trabalhos realizados por antropólogos renomados.

Os estudos utilizados nos pareceres dos assistentes técnicos, sem dúvida, têm relevância para o conhecimento da região envolvida na lide, da trajetória do povo indígena envolvido na demarcação, seus costumes e tradições. Porém, na análise da decisão, verifica-se que o povo Kaiyabi não teve voz, sendo visto apenas como objeto de estudo e não como sujeito do processo. Em nenhum momento foi levada em consideração a vontade daquele povo, este nem sequer foi ouvido para descrever, ou mesmo confirmar, as informações obtidas por meio das etnografias utilizadas nos pareceres apresentados.

A crítica pode, inclusive, ser estendida à elaboração dos laudos, uma vez que o perito e os assistentes técnicos basearam-se muito mais nos estudos realizados por outros antropólogos renomados do que no contato direto com o grupo indígena envolvido.

Não se pode deixar de reconhecer, entretanto, que o período curto deferido pelo Juízo como prazo para conclusão da perícia antropológica, em geral entre 90 e 120 dias, não possibilita que o antropólogo tenha tempo suficiente para uma observação participante como fonte de informação sobre o comportamento dos indivíduos naquela cultura. Por outro lado, a curta duração do contato faz com que os antropólogos não tenham as condições mínimas de controle sobre a coleta de dados, nem possam ajustar os seus meios de observação às características culturais e ao contexto histórico presente no grupo.³⁴

Na ação analisada, embora diante de uma ampla dilação probatória, podendo-se, inclusive, realizar a oitiva de lideranças indígenas, foi atribuído papel de destaque aos estudos científicos apresentados pelos assistentes técnicos e aos documentos juntados aos autos. Todavia, não obstante a crítica que possa ser feita à valoração probatória adotada na decisão, o conceito que prevaleceu foi o de *habitat* imemorial dos povos que ocupavam a região demarcada, muito embora, neste caso, tal conceito tenha servido para validar os títulos de domínio do autor.

Na ACOr nº. 323-7 MG, a discussão sobre a posse indígena é bem mais aprofundada, propondo o Relator, Ministro Francisco Rezek, três questões a serem esclarecidas no decorrer da análise. As duas primeiras, de direito, e a última, de fato. Em síntese: 1ª) Quais as conseqüências jurídicas da posse indígena? 2ª) Qual a validade da doação feita pelo Estado de Minas Gerais à União Federal, nos idos de 1920, e dada a público, junto ao Registro de Imóveis, em 23 de maio de 1939?³⁵ 3ª) As provas trazidas aos autos, documentos e depoimentos testemunhais, são suficientes para comprovar a presença imemorial dos Botocudos Krenak e Pojixá na área disputada?

³⁴ Tais críticas também podem ser feitas à elaboração de laudos antropológicos no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, nos quais, da mesma forma que foi analisado nos laudos apresentados no processo judicial, os profissionais que constituem o Grupo de Trabalho não dispõe de tempo suficiente para um trabalho de campo mais denso. Para uma análise crítica da elaboração dos laudos antropológicos no procedimento administrativo demarcatório ver OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de e ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. “Demarcação e reafirmação étnica: um ensaio sobre a FUNAI”. Em *Indigenismo e territorialização*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria Ltda, 1998. Págs. 69/118.

³⁵ Reconhecer a validade da doação significaria que mesmo sem a presença de indígenas na região a propriedade da terra seria da União Federal.

Note-se que ao se fazer a terceira pergunta, o Ministro Relator remeteu-se ao pedido feito pela União Federal para que, acaso houvesse dúvidas acerca da posse indígena na região, fosse deferida a prova pericial, por meio de pesquisas históricas e antropológicas confiáveis. Todavia, no próprio relatório, o Min. Francisco Rezek reconhece a suficiência das provas trazidas aos autos pelas partes para comprovar “a insofismável presença imemorial dos Botocudos Krenak e Pojixá na área disputada”. (ACOr nº. 323-7 MG, p. 65)

Da análise dos documentos, feita pelo Ministro Relato, destaco as seguintes informações:

a) já em janeiro de 1918, na margem esquerda do médio rio Doce, era feito o “1º levantamento de um projeto da colônia para os índios Crenaques” (p.44);

b) em 20 de março de 1940, a Diretoria do Domínio da União, do Ministério da Fazenda, tinha a área registrada como “COLÔNIA DE ÍNDIOS CRENAQUES E POXIXÁS” (p. 48);

11. Os próprios Réus, além disso, incumbiram-se de trazer, para os autos, exuberante prova de que os índios Krenak e Pojixá ocupavam a área de que trata o litígio HÁ MAIS DE 50 (CINQUENTA) ANOS e que, dela, foram brutalmente transferidos, nas décadas de 1950 e 1970, sem sucesso, porque retornaram os silvícolas a seu habitat natural (grifos do original)

a) documento datado de 27 de abril de 1970 (p. 171) reconheceu que se trata de “...ÁREA OCUPADA PELO POSTO INDÍGENA, DESDE HÁ CINQUENTA ANOS, ISTO DE QUANDO DE SUA INSTALAÇÃO...” (p. 161v); que “DAS TRIBOS DE CRENAQUES E POJICHÁS, DA REGIÃO, RESTAM APENAS DOIS REPRESENTANTES, QUE SÃO IRMÃOS, JÁ IDOSOS.” (p. 162); que “OS ÍNDIOS ERAM MUITOS, MAS NUNCA SAÍRAM DA MARGEM ESQUERDA DO RIO DOCE” (p. 166); “É QUE QUANDO DE SUA INSTALAÇÃO, HÁ CERCA DE 50 (CINQUENTA) ANOS, O POSTO INDÍGENA ‘GUIDO MARLIÈRE’ NÃO ABRIGOU MAIS DO QUE ALGUMAS DEZENAS DE ÍNDIOS, COMPREENDENDO, ENTÃO, VELHOS, HOMENS DE IDADE MADURA, JOVENS, CRIANÇAS” (p. 168v); “A FUNAI JÁ NÃO SE SATISFAZ COM 13 ALQUEIRES OCUPADOS PELO POSTO HÁ 50 ANOS” (p. 168v); “O QUE É DE ESTARRECER É QUE UM DOS FUNDAMENTOS DA PETIÇÃO DA NOTIFICAÇÃO É QUE ‘O TERRENO SEMPRE FOI OCUPADO PELOS SILVÍCOLAS’, QUANDO, NA REALIDADE, NUNCA PASSARAM ESSES DE ALGUMAS DEZENAS” ... (p. 169); “DEVERIA ESSA ENTIDADE LIMITAR AS SUAS TERRAS, EM CRENAQUE, AOS 13 ALQUEIRES, POR ELA REALMENTE OCUPADAS E EM DESDE 1910 SE ENCONTRA LOCALIZADO O POSTO INDÍGENA, ONDE SE CONSERVARIAM OS DOIS REMANESCENTES ‘CRENAQUES’ ENQUANTO VIDA TIVESSEM, ...” (p. 169v); “...QUANDO HAVIA ÍNDIOS NA REGIÃO, EM MAIOR NÚMERO... (p. 170); “...NÃO HÁ MAIS CRENAQUES, NEM POJICHÁS, SENÃO O CASAL DE VELHOS APONTADOS.” (p. 170); (grifos do original)

b) notícia do “Diário do Comércio” de 7.1.73 consigna que “...os últimos índios foram transferidos para a ‘Fazenda Guarani’, em Carmésia...” e que “...tendo sido retirados os índios, cessou a finalidade que motivou a doação...”, permitindo que fosse... efetivada a legitimação em nome dos posseiros... (p. 187);

c) O mesmo se dá com relação ao recorte do “Diário de Minas”, de 6.1.73, noticiando que “a Fundação Rural Mineira – Ruralminas vai receber a área

do Posto Indígena de Crenaque, em Resplendor, e em seguida iniciará o processo de legitimação das terras em nome dos seus ocupantes, tendo em vista que os últimos índios foram transferidos para a 'Fazenda Guarani', em Carmésia, doadas à FUNAI pelo governo do Estado, para instalação de novo posto indígena"; "As terras localizam-se na margem esquerda do rio Doce e na barra do rio Eme e totalizam 39.830 mil metros quadrados".

[...]

12. De outra parte, os "TÍTULOS" expedidos pelo ESTADO DE MINAS GERAIS e mostrados pelos Réus que contestaram a p. 114/141 comprovam, à saciedade, que foram obtidos muito depois da doação de terras à União Federal ou mesmo, do advento da Constituição de 1934 – que definitivamente as inseriu no patrimônio federal [...] (grifos do original)(ACOr nº. 323-7 MG, p. 65/69)

Além das citações feitas acima, a decisão remete-se às provas juntadas pelo Estado de Minas Gerais, que comprovaram a presença remota dos indígenas na região. Os depoimentos das testemunhas também corroboraram com as informações contidas nos documentos, reforçando a tese que a área em disputa era indígena, por eles habitadas desde tempos remotos e que dela foram transferidos à força.

Entre os depoimentos das testemunhas, foi destacado o do militar João Vindilino Sobrinho, que participou da expulsão dos índios de suas terras, o qual passo a citar:

[...] que o depoente esclarece que na referida estação, do lado norte, acha-se localizada uma aldeia dos índios Krenaks, que do ano de 1967 até o ano de 1972 os referidos índios sempre habitaram o referido local; que, entretanto, no ano de 1972, ditos índios, em número aproximado de sessenta, foram transferidos para uma localidade denominada Fazenda Guarani, localizada no município de Carmésia; que é de conhecimento do depoente que ditos índios retornaram à aldeia Krenak passado algum tempo, que o depoente informa, ainda, que ele, depoente, teve participação na remoção dos índios para a Fazenda Guarani, podendo informar que os mesmos não se deslocaram de espontânea vontade, tendo até resistido a sair, sob o fundamento de que aquela terra lhes pertencia [...] (ACOr nº. 323-7 MG, p. 78)

As demais testemunhas ouvidas, inclusive as arroladas pelos réus, confirmaram a presença indígena na região disputada e a sua transferência forçada por volta de 1950. Foram ouvidos quatro moradores da região e nenhum indígena.

Desta feita, o Ministro Relator concluiu que, independentemente de perícia histórico-antropológica que remonte a primórdios do tempo, ficou amplamente comprovada a "presença do grupo indígena Krenak na região de que trata a ação, a despeito das idas e vindas que lhe foram coercitivamente impostas" (ACOr nº. 323-7 MG, p. 86). Por outro lado, como as terras eram ocupadas pelos

indígenas desde 1910, foram consideradas nulas as “doações” feitas pelo governo do Estado de Minas Gerais à União Federal, pois este nada mais fez do que reconhecer um direito indígena à posse das terras ocupadas que remonta à Lei de Terras de 1850.

Ademais, ainda que se considerasse válida a doação, com cláusula resolutiva de que as terras voltariam ao doador, Estado de Minas Gerais, acaso houvesse abandono das terras por parte dos indígenas, a referida condição não teria ocorrido, posto que fartamente comprovado nos autos que a saída dos indígenas da região decorreu de transferência forçada, não caracterizando o abandono.

Não obstante as fartas provas documentais e testemunhais, foi realizada perícia antropológica, que concluiu pela posse imemorial dos Botocudos Krenak e Pojixá sobre as terras objeto da demanda. As informações trazidas aos autos pela perícia antropológica foram importantes, sobretudo, por relatar a situação atual dos índios, tendo sido relevante ao convencimento dos Ministros do STF. Isso porque foi considerada uma “informação insuspeita e digna de todos os créditos, eis que prestada sob a fé de seu grau e sob compromisso de sua função” (ACOr nº. 323-7 MG 99). Do laudo foi destacado no voto do Relator:

Os Krenak ocupam, hoje, 68,34 há de terras que quase não permitem a atividade agrícola. As áreas das pequenas roças também são destinadas à criação de gado – única fonte de recursos que dispõem. A população cresce rapidamente, inclusive com o retorno de outros membros da comunidade que se encontram dispersos pelo Brasil. Manter esta pequena parcela de terra como território Krenak, que não oferece a mínima condição de garantir a sobrevivência do grupo, é compactuar com um crime de genocídio, pois o que resultará desta prática será, talvez a morte física destas pessoas, mas, com certeza será a morte de uma sociedade que não tem qualquer condição de se reproduzir como tal. (ACOr nº. 323-7 MG, p. 109)

O Ministro Relator, em seu voto, concluiu que o Estado, diante da comprovada posse indígena na região em disputa, desde meados de 1910, não poderia dar as terras a terceiros e, por volta de 1958, com o alegado abandono da colônia, promover o registro dessas doações. Ainda segundo o Ministro Relator, a Constituição de 1934 reconhecia o domínio da União sobre as terras de posse indígena, que pode ser considerada constante, não obstante as idas e vindas dos índios, em razão da violência branca. Desde 1850, na Lei de Terras se consagrava o reconhecimento da posse indígena. Nulos, portanto, os títulos de propriedade

impugnados na ação, reconhecendo-se o direito indígena sobre as terras em disputa.

O entendimento apresentado pelo Ministro Relator Francisco Rezek foi acompanhado pela totalidade dos Ministros que compunham o Tribunal Pleno, inclusive pelo Ministro Marco Aurélio, Relator do Mandado de Segurança nº. 21.575, citado acima, o qual considerou tratar-se de situação diversa, pois no caso em apreço, desde 1920 se mostrava incontroversa a tradicional presença indígena na área disputada, tanto que o Estado de Minas Gerais teria doado à União Federal as referidas terras. Após a instalação do posto indígena, os atos de violência teriam começado, culminando na transferência por parte do Estado de Minas Gerais dessas terras a particulares, contrariando a Constituição vigente à época.

Verifica-se, pela análise das decisões acima discutidas, que o entendimento do STF, em que pese os votos divergentes e as críticas que podem ser feitas aos julgamentos, foi no sentido de considerar para a identificação das terras tradicionalmente ocupadas a imemorialidade da posse indígena. Para tanto, admitiu-se a produção ampla de provas que identifiquem a terra demarcada como “*habitat*” do povo que busca a demarcação. Desta feita, o Tribunal afastou-se do conceito civil de posse para contemplar um conceito de posse indígena, no qual a atualidade pode ser secundária, diante de provas que comprovem a ocupação tradicional.

Neste sentido, mostra-se aplicável o art. 231 da Constituição Federal não somente para reconhecer terras atualmente ocupadas por grupos indígenas, mas também para restituir terras tradicionais que delas foram retirados compulsoriamente, independentemente do lapso temporal entre a retirada e o reconhecimento, visto não ser possível a convalidação de títulos obtidos em terras de ocupação indígena tradicional.

4 AS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS E OS ALDEAMENTOS EXTINTOS: A SÚMULA 650 DO STF E SEUS PRECEDENTES

Nos casos acima apresentados, ficou demonstrado que o entendimento Supremo Tribunal Federal durante o período analisado foi unânime no sentido de afirmar a ocupação tradicional indígena quando a posse é atual. As divergências emergiram quando a terra em disputa não mais era ocupada pelos índios, que dela saíram ou foram expulsos antes da demarcação. Desta feita, como tentativa de compreender o alcance do conceito do STF acerca das terras tradicionalmente ocupadas, cabe o questionamento: as terras tradicionalmente ocupadas albergam aldeamentos extintos?

No entender das decisões analisadas até o presente momento do estudo, o que irá identificar a ocupação tradicional, para efeito do reconhecimento das terras indígenas e nulidade dos títulos de propriedade existentes, é a forma pela qual se operou a desocupação. Acaso os indígenas tenham sido expulsos de tais terras, a posse indígena não deixou de existir. Somente são consideradas válidas as desocupações realizadas de forma voluntária e definitiva.

Note-se que em poucas situações foram consideradas as particularidades da posse do território pelo povo indígena, com referências às características culturais específicas da ocupação, como o nomadismo, por exemplo. Ficou, porém, consagrada a noção de ocupação imemorial e *habitat* da população indígena, a partir das quais, mesmo que de forma superficial, foi analisado o histórico da ocupação e, algumas vezes, ressaltada a relação do grupo indígena com suas terras, como forma de demonstrar a importância da demarcação. Ressalte-se que essas informações chegavam ao conhecimento dos julgadores por intermédio dos dados contidos nos laudos e perícias antropológicas.

Quanto aos aldeamentos extintos, estes durante toda a história brasileira foram considerados como terras devolutas, o que muitas vezes levou equivocadamente à identificação destas com as terras de índios. Desta feita, cumpre prestar alguns esclarecimentos que afastam as terras indígenas do que se entende por terras devolutas, bem como apresentam a problemática que envolve os dois conceitos e seu histórico de aproximação.

4.1 AS TERRAS DE ÍNDIOS E AS TERRAS DEVOLUTAS

Os direitos indígenas sobre suas terras foram reconhecidos desde o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, no qual os indígenas foram considerados “os primeiros ocupantes e donos naturais destas terras” (CARNEIRO DA CUNHA, 1987; TOURINHO NETO, 1993). O contido neste documento, que se referia somente aos índios do Grão-Pará e do Maranhão, foi estendido pelo Alvará de 8 de maio de 1758 a todos os índios do Brasil.

A preocupação legislativa com o respeito aos índios, entretanto, é anterior ao Alvará Régio de 1680. Segundo Carneiro da Cunha (1987), nas leis portuguesas para o Brasil, a soberania indígena e o direito dos índios aos territórios que ocupavam foram freqüentemente reconhecidos. As Cartas Régias de 30 de julho de 1609 e a de 10 de setembro de 1611 afirmaram o domínio pleno dos índios sobre seus territórios e sobre as terras que lhe foram alocadas nos aldeamentos.

Pelo instituto do indigenato, as terras de índios são adquiridas congenitamente, de sorte que aos índios estabelecidos não há mera ocupação, mas título imediato de domínio, não havendo posse a legitimar, mas domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado. Neste sentido, o que legitima a posse indígena é o indigenato, e não a ocupação.

Segundo os ensinamentos de Mendes Junior (1912):

O indígena, primariamente estabelecido, tem a *sedum positio*, que constitui o fundamento da posse (...) mas, o indígena, além desse *jus possessionis*, tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de Abril de 1680, como direito congênito. Ao indigenato, é que melhor se applica o texto do juriconsulto Paulo: - *quia naturaliter tenetur abe o qui insistit* (p. 58/59)

Desta feita, de acordo com o indigenato, não há necessidade de legitimação e registro para o reconhecimento da propriedade indígena sobre as terras congenitamente ocupadas.

A lei pombalina de 06 de julho de 1755 renovou e citou o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, que expressamente reservou na concessão de sesmarias o direito anterior dos índios sobre suas terras, por “serem primários e naturais senhores delas” (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

Os títulos dos índios sobre seus territórios e sobre as terras das aldeias foram reconhecidos inclusive por D. João VI, considerado um dos mais antiindígenas dos legisladores (CARNEIRO DA CUNHA, 1987). O reconhecimento, todavia, advinha da declaração de que as terras conquistadas por guerra justa são devolutas (Carta Régia de 2.12.1808), o que significa o reconhecimento dos direitos anteriores indígenas sobre seus territórios e a permanência de tais direitos para aqueles com os quais não se guerreasse. Por outro lado, a Carta Régia de 26.3.1819 e as duas provisões de 8.7.1819 afirmaram que as terras das aldeias eram inalienáveis e nulas as concessões das sesmarias que pudessem ter sido feitas nessas terras, as quais não podiam ser consideradas devolutas.

Como se pode verificar nos exemplos acima, desde o Brasil colônia foi reconhecido o direito dos índios sobre suas terras originais, declarando-se inclusive que se devem demarcar terras de novos aldeamentos de índios (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

A política indigenista, entretanto, durante todo o período colonial pouco demonstrou preocupação efetiva com os povos indígenas, vez que, de fato, oscilava entre os interesses dos colonos, que desejavam escravizar os índios, e os esforços dos missionários, que tinham por objetivo convertê-los ao cristianismo e, ao mesmo tempo, fazê-los adotar os costumes dos colonizadores. Assim, a legislação nasceu contraditória, pois ao mesmo tempo em que reconhecia os direitos originais dos índios sobre suas terras e a até mesmo pretendia preservar a sua liberdade, apresentava uma ressalva que permitia de algum modo cercear a sua liberdade, sobretudo com as guerras justas (MELATTI, 1987).

A própria Coroa portuguesa não fazia observar a as leis que editava no que tange aos direitos indígenas. Os interesses particulares dos colonos sempre prevaleciam e eram freqüentes as violências e expulsões legitimadas pelo manto da guerra justa. Por ademais, a Carta Régia de 02 de dezembro de 1808 declarava que as terras conquistadas pela guerra justa seriam consideradas devolutas, o que fez se estabelecer uma relação estreita entre terras indígenas e terras devolutas.

O Brasil imperial correspondeu a um período no qual a preocupação central era a construção do Estado que, baseado nas premissas da Revolução Francesa, deveria corresponder a uma nação. Assim, a construção do Estado-nacional representou um retrocesso para os direitos indígenas, eis que reconhecer o *status* de nação aos povos indígenas, bem como assegurar-lhes autonomia,

passava a ser sinônimo de ameaça à unicidade necessária para a formação do novo Estado.

Os direitos dos índios sobre suas terras permaneceram, vez que continuaram a vigorar as disposições da legislação anterior.

O indigenato, entretanto, continuou não sendo respeitado pelo conquistador, pois o legislador paralelamente passou a assegurar aos índios somente as terras por eles ocupadas e assim reconhecidas pela Coroa. O Decreto nº. 426, de 24 de julho de 1845, propôs a demarcação das terras já concedidas aos índios, em comum ou separadamente, estabelecendo que os indígenas poderiam ser transformados de usufrutuários em proprietários, uma vez que tivessem desenvolvido suas posses.

Nota-se que a legislação propondo a demarcação das terras indígenas contraria as premissas do indigenato, posto que vincula a legitimação das terras indígenas à posse. Por outro lado, no processo demarcatório, na maioria das vezes, reduziam-se os territórios originais ao transpor o conceito de posse civil.

Em 1850, a Lei Imperial nº. 601, de 18 de setembro (Lei de Terras), dividiu o território em duas categorias: uma constituída por terras públicas, que pertenciam ao Estado; a outra pelas terras particulares, provenientes de um título legítimo de propriedade ou de uma simples posse legalizada. As terras expressamente concedidas aos índios foram consideradas particulares. Tal providência, entretanto, foi prejudicial aos indígenas, que por desconhecerem as medidas para assegurar, conforme a lei, os direitos sobre as suas terras, foram perdendo para aqueles que astutamente apropriavam-se de seus territórios dispendo para tanto das lacunas legais existentes (MELATTI, 1987).

Mendes Junior (1912), ao defender a prevalência do instituto do indigenato, reconheceu que “nas demandas entre posseiros e os indígenas aldeados, se tem pretendido exigir que estes exhibam os registros de suas posses” (p.57). Assim, o instituto do indigenato permanecia letra morta, porque a interpretação prevalecente era de que, no conflito entre índios e colonizadores, a terra indígena necessitava de legitimação pelo Estado.

Pelo que se pode entender, o indigenato era consagrado, desde que permanecesse na abstração, pois quando o conflito se colocava de forma concreta, prevalecia a interpretação limitada de que seria indispensável a doação por parte dos Estados das terras que se destinariam aos índios.

A Lei de Terras foi a primeira a dispor de forma sistemática sobre as terras devolutas do império, definindo que:

Art. 3º. São terras devolutas:

§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 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, 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.

Definiu no seu artigo 12, que: “O governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas”.

Note-se que a legislação fomentava o aldeamento dos índios, bem como possuía como uma de suas finalidades a colonização dos indígenas e sua integração ao Estado-nacional. Desta forma, a constituição de aldeamentos forçava os indígenas à fixação em um território (sedentarização), o que, associado à introdução da agricultura, era considerado um passo adiante no processo de civilização. Tais características aproximavam os indígenas de um modo de vida da sociedade nacional. Por outro lado, ao aldear as “hordas selvagens” em seus territórios originais, na maioria das vezes, os territórios eram reduzidos diante da alteração da forma de ocupação.

Ressalte-se que a formação de aldeamentos contrariando o modo de ocupação indígena, bem como sob o manto da assimilação cultural, fazia com que muitos destes fossem abandonados, caindo as terras no domínio do Estado sob o conceito de devolutas.

O Ministério da Fazenda do Império, por intermédio do Aviso nº. 44, de 21.01.1856, declarou que as propriedades pertencentes às extintas aldeias de índios não deveriam ser consideradas próprios nacionais³⁶, mas sim devolutas pertencentes ao patrimônio nacional, o que foi reafirmado pelo Aviso nº. 160, de 21 de julho de 1858, expedido pelo Ministério dos Negócios do Império.

³⁶ Imóvel de domínio da União utilizado em serviço público federal ou para a instalação de órgãos vinculados à Administração Pública Federal.

O Decreto nº. 2.672, de 20 de outubro de 1875 autorizou expressamente o Governo a alienar as terras das aldeias extintas que estiverem aforadas, vejamos o teor da norma:

Art. 1º O Governo fica autorizado para alienar as terras das aldeias extintas que estiverem aforadas, observando as disposições seguintes:

§ 1º O preço será o que fôr ajustado com o foreiro, ou de vinte vezes o fôro e uma joia de dous e meio por cento, segundo fôr mais vantajoso á Fazenda Nacional.

§ 2º As terras assim alienadas ficarão sujeitas aos onus dos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 16 da Lei nº 601 de 18 de Setembro de 1850.

§ 3º As terras em que estiverem ou em que possam ser fundadas villas ou povoações, e as que forem necessarias para logradouros publicos, farão parte do patrimonio das respectivas Municipalidades, e por estas serão cobrados os respectivos fóros para abertura e melhoramentos das estradas vicinaes.

Posteriormente, a Lei nº. 1114, de 1860, no art. 11, §8º, reafirmou a autorização do Governo para alienar as terras das aldeias extintas, que estiverem aforadas, observando-se que as áreas nas quais existam ou onde possam ser fundadas vilas ou povoações e as que forem necessárias para logradouros públicos farão parte do patrimônio das respectivas municipalidades.

A Lei nº. 3348, de 20 de outubro de 1887 preceituou:

Art. 8º É o Governo autorizado:

[...]

3º A transferir á Illma. Camara Municipal do Rio de Janeiro o direito de aforar os terrenos accrescidos aos de marinhas existentes no Municipio Neutro, e ás Camaras Municipaes das Provincias os de marinhas e accrescidos nos respectivos municipios, passando a pertencer á receita das mesmas corporações a renda que dahi provier, e correndo por sua conta as despezas necessarias para medição, demarcação e avaliação dos mesmos terrenos, observadas as disposições do Decreto n. 4105 de 22 de Fevereiro de 1868.

Os fóros dos terrenos das extintas aldeias de indios, que não forem remidos nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei n. 2672 de 20 de Outubro de 1875, passarão a pertencer aos municipios onde existirem taes terrenos; correndo por conta dos mesmos as despezas da respectiva medição, demarcação e avaliação.

Os terrenos que não se acharem nas condições do § 3º da Resolução n. 2672 de 20 de Outubro de 1875, e não forem pelo Ministerio da Agricultura empregados nos termos da Lei de 18 de Setembro de 1850, e os terrenos das extintas aldeias de indios serão do mesmo modo transferidos ás Provincias em que os houver.

[...]

Firmou-se, assim, no Brasil Imperial, o entendimento a partir do qual as terras dos antigos aldeamentos de índios são terrenos devolutos por definição legal, podendo ser alienados pelo Governo.

A Constituição Federal de 1891 sequer mencionou os índios, recepcionando a legislação anterior. Todavia, quanto às terras devolutas, no parágrafo único do artigo 64, dispôs efetivamente que pertenceriam aos Estados

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

Note-se que desde a Lei de Terras, disseminou-se uma interpretação errônea que relacionava as terras indígenas, segundo o instituto do indigenato, às terras devolutas, aquelas que, segundo a Lei de 1850, seriam reservadas para a formação de aldeamentos indígenas. Com a Constituição de 1891, a confusão reforçou-se, pois se pensou que as terras indígenas como um todo haviam passado ao domínio dos Estados.

Há de ressaltar, todavia, que a legislação não equiparou as terras indígenas, as terras reservadas e as terras devolutas, senão vejamos os ensinamentos de Mendes Junior (1912):

Aos Estados ficaram as terras devolutas; ora as terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680 e por dedução da própria lei de 1850 e do art. 24 §1º do Decr. de 1854; as terras reservadas para o colonato de indígenas passaram a ser sujeitas às mesmas regras que as concedidas para o colonato de imigrantes. (p. 62)

Assim, terras indígenas originais são aquelas de propriedade dos índios independentemente de legitimação posterior, uma vez que o título de domínio indígena encontra-se fundado no instituto do indigenato. Terras devolutas são aquelas definidas no art. 3º da Lei de Terras, caracterizadas por não serem próprias nem aplicadas a algum uso público, ou que não hajam, legitimamente, sido incorporadas ao domínio privado, destacando-se que somente são consideradas devolutas as terras dos aldeamentos extintos.

As terras reservadas são aquelas previstas no art. 12 da Lei de Terras, destinadas à colonização dos indígenas, que seriam separadas pelo Estado

entre as terras devolutas. O Regulamento n. 1318 de 30 de janeiro de 1854 declarou que tais terras são reservadas para colonização e aldeamento dos indígenas nos distritos que existirem “hordas selvagens” (MENDES JUNIOR, 1912, p. 57).

Na prática, porém, as terras originárias não eram protegidas contra os esbulhos contínuos que se operavam sob a égide da contraditória legislação vigente. Segundo Carneiro da Cunha (1987), o processo de expulsão se deu por diversos mecanismos, dentre eles: a) o deslocamento e concentração de grupos indígenas, vez que o Decreto 426, de 24/07/1945, permitia a remoção e reunião de aldeias com o assentimento dos índios (art. 1º, §§2º e 4º); b) a redução dos territórios originais quando do aldeamento das “hordas selvagens”; d) o aforamento de terras dentro dos aldeamentos, o que era permitido pelo Decreto nº. 428, de 24/04/1845, art. 1º, §§ 12, 13 e 14.

Com o tempo, os foreiros e arrendatários passaram a pressionar o Estado para obter as terras indígenas sob o fundamento de que estes haviam abandonado o local ou se achavam confundidos com a massa da população. Neste contexto, muitos aldeamentos das Províncias de São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Sergipe, Ceará, Alagoas, Bahia, Pernambuco e Paraíba foram declarados extintos (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

Não obstante o reconhecimento do domínio originário dos índios sobre suas terras com o instituto do indigenato, a política indigenista gerou as seguintes conseqüências: a) a formação de aldeamentos, que embora frequentemente coincidisse com parte dos territórios originais, forçavam a assimilação cultural e reduziam os territórios originais em razão da sedentarização; b) o tratamento das terras dos aldeamentos não como terras originais dos índios segundo o indigenato, mas como áreas apenas reservadas e destinadas a uma ulterior doação aos índios, de acordo com a Lei de Terras; c) a expropriação das terras indígenas por meio da extinção das aldeias, ocorridas na maioria das vezes de forma fraudulenta e abusiva.

Os aldeamentos extintos eram considerados terras devolutas de propriedade dos Estados, podendo ser alienados por estes. Tal entendimento, todavia, restringiu-se às terras devolutas, pois os aldeamentos não extintos e as terras indígenas originais não podiam ser assim considerados.

Em setembro de 1946, entretanto, a União demonstrou interesse nas porções de terras oriundas de aldeamentos extintos e, por intermédio do Decreto-lei

nº. 9.760, de 05/09/1946, incluiu entre os bens da União “os terrenos dos extintos aldeamentos de índios e das colônias militares, que não tenham passado, legalmente para o domínio dos Estados, Municípios ou particulares” (art. 1º, alínea “h”).

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, no art. 4º, inciso IV, incluiu entre os bens da União “as terras ocupadas pelos silvícolas”. Assim, passou-se ao domínio da União as terras habitadas por indígenas, bem como aquelas oriundas de aldeamentos extintos, por força do Decreto nº. 9.760/46. Tratou-se de uma proteção adicional visando que os Estados fossem impedidos de dispor desses territórios, alienando-as a particulares, como vinham reiteradamente fazendo.

O STF, na análise da Representação nº. 1.100-3³⁷, mais precisamente no voto do Ministro Relator Néri da Silveira, traçou a exegese normativa acerca da propriedade da terra dos aldeamentos extintos. Note-se que a discussão centrou-se na análise da competência dos Estados para definir como suas as terras de aldeamentos extintos pelo abandono de seus habitantes. Desta feita, o objetivo do julgamento foi dirimir a disputa entre Estados e União Federal pelos territórios de antigos aldeamentos.

O voto do Ministro Relator, embora tenha restado vencido, não foi contrariado em seus fundamentos, mas somente em sua conclusão, pois entenderam os demais Ministros que se tratava de inconstitucionalidade formal. No voto, não foi analisada a causa da extinção dos aldeamentos, mas tão somente a questão da propriedade. Passo a citar trechos do voto que demonstram o posicionamento adotado:

Dessa maneira, de referência aos aldeamentos indígenas extintos, pelo abandono de seus habitantes, antes de 1891, as terras eram do Estado, que, então, sobre elas podia dispor, conforme a tradição constitucional, desde a primeira Constituição Republicana, em legislação específica. Somente em 1946, o Decreto-lei nº. 9.760 veio incluir os terrenos de extintos aldeamentos de índios entre os bens da União, desde que legalmente não tenham passado para o domínio dos Estados, Municípios ou particulares. Assim, até o Decreto-lei nº. 9.760/1946, os aldeamentos de

³⁷ Representação, julgada em 15/03/1984 e publicada no D.J. de 18/10/1985, na qual o Procurador-Geral da República, atendendo à solicitação da FUNAI, arguiu a inconstitucionalidade do art. 15, letra “c”, da Lei nº. 1.427 de 16.02.80, do Estado do Amazonas, tendo em conta que tal dispositivo teria invadido a área de competência privativa da União Federal para legislar sobre direito agrário, no particular aspecto da destinação das terras abandonadas pelos indígenas, por estabelecer como devolutas as terras que tenham sido objeto de constituição de aldeamentos indígenas extintos pelo subsequente abandono de seus habitantes. A Representação foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade formal da norma por invadir a competência da União Federal. Vencido o voto do Ministro Relator Néri da Silveira.

Índios que tenham sido abandonados, a partir da Constituição de 1891, continuam terras devolutas dos Estados, salvo se localizados em áreas indispensáveis à defesa da fronteira, fortificações, construções militares ou em Territórios Federais, que o sistema constitucional considerava terras devolutas da União, conforme as normas acima referidas. De fato, até aí, nenhuma norma federal veio dispor diferentemente. Dessa maneira, porque terras devolutas estaduais, as ocupadas por indígenas, se abandonadas definitivamente, até o Decreto-lei nº. 9.760/1946, sobre elas podiam os Estados dispor. A partir daí, os aldeamentos de índios, que vieram a se extinguir, já se tornaram terras pertencentes à União, em face do art. 1º, letra “h”, do Decreto-lei 9.760/1946, pela imediata incidência dessa norma legal. A esse respeito, o que impende verificar, assim, é a ocorrência do fato do abandono das terras ocupadas pelos índios: se anterior ao Decreto-lei nº. 9.760/1946, as terras eram devolutas estaduais, tornaram ao pleno domínio dos Estados. Se o abandono ocorreu, anteriormente ao Decreto-lei nº. 9760/1946, esses terrenos de aldeamentos indígenas continuaram terras do domínio estadual, podendo legislativamente o Estado sobre elas dispor. Sobre essas terras não incidiu a norma posterior do art. 4º, IV, da Constituição de 1967, que pressupunha “terras ocupadas pelos silvícolas”. (Representação nº. 1.100-3, p. 56/57)

Assim, segundo o entendimento consagrado pelo STF, as terras indígenas abandonadas antes do Decreto-lei nº. 9.760 de 05 de setembro de 1946 seriam terras devolutas pertencentes aos Estados. A partir de então, as terras indígenas abandonadas passariam a pertencer à União Federal.

4.2 A SÚMULA 650 DO STF E SEUS PRECEDENTES

Da maneira acima disposta ficou definida a propriedade das terras de aldeamentos extintos. Porém, verifica-se que a discussão girou em torno do direito de propriedade dos Estados e da União Federal sobre os territórios referidos, constatando-se a enorme preocupação desses entes com a destinação das referidas áreas.

Tal preocupação vai ao encontro da política adotada pelo Estado que desde 1850, com a Lei de Terras, associou a terra indígena às devolutas, explicitando que o Estado reservaria das terras devolutas aquelas necessárias à colonização dos índios (art. 12 da Lei nº. 601/1850). Desta forma, as terras indígenas eram reservadas em áreas antes devolutas, consideradas vazias, vez que não se reconhecia a ocupação legítima indígena, a menos que autorizada pelo Poder Público (LINHARES, 1998).

Por ademais, o Estado sempre teve um “projeto civilizatório” para os indígenas, assim, muitos aldeamentos foram transformados em vilas e povoações indistintas das demais existentes na colônia. O intuito de incorporação dos indígenas

manteve-se e com ele o interesse nas terras ocupadas, pois, uma vez assimilados pela comunidade nacional, suas terras passariam para os Estados ou para União sob o título de devolutas.

O próprio Estado, por intermédio da União ou de suas Unidades Federadas, sempre demonstrou interesse nas terras indígenas, o que justifica a disputa sempre presente no Judiciário entre Estados e União pela propriedade das terras de aldeamentos extintos, consideradas pela lei como devolutas.

A disputa judicial, na maioria das vezes, cingiu-se à discussão da propriedade, ignorando o contexto pelo qual se deu a desocupação dos territórios indígenas ou se o povo que abandonou tal território permanece em sua unicidade cultural, porém sem suas terras.

As terras indígenas, tidas por devolutas, foram transferidas pelos Estados a particulares, ou mesmo, foram usucapidas por estes.

As ações movidas por particulares para legitimar títulos de propriedade derivados das doações ou vendas feitas pelo Estado de terras de aldeamentos supostamente extintos foram analisadas pelo Supremo Tribunal Federal na forma de Mandados de Segurança e Ações Cíveis Originárias, de acordo com itens 3.1, 3.2 e 3.3 deste trabalho. Resta-nos analisar as ações movidas por particulares para o reconhecimento de aquisição da propriedade de territórios de antigos aldeamentos extintos por meio da usucapião.

4.2.1 Usucapião e terras indígenas

Usucapião é considerada um modo autônomo de aquisição de propriedade móvel e imóvel mediante a posse qualificada da coisa pelo prazo determinado pela lei. É derivado de *usus* (posse) e *capio* (tomar, adquirir), ou seja, adquirir pela posse (COSTA, 1999, p. 321).

Admitem-se dois fundamentos para a usucapião: subjetivos e objetivos. Sob fundamento subjetivo está a renúncia presumida do titular do direito real em favor do possuidor. Desta maneira, interpreta-se a atitude do proprietário como omissa ou negligente em relação à coisa pelo período de tempo determinado pela lei. Sob o aspecto objetivo ou do interesse social, a usucapião é uma garantia da estabilidade dos direitos reais. Considera Costa (1999) que não haveria segurança dos titulares de direitos reais se fosse possível investigar a legitimidade dos títulos

de propriedade através dos séculos. Pelo princípio da filiação dos domínios, um só título ineficaz comprometeria todos os posteriores, ensejando a reivindicatória imprescritível ou eterna, a ameaçar os atuais proprietários indefinidamente. Segundo o mesmo autor, haveria também um aspecto processual a ser levado em conta, uma vez que a admissão de prova imemorial ou “diabólica” do domínio, com levantamento dos títulos através dos séculos, geraria o caos nos tribunais, pelo excesso de demandas. Assim considera-se que a usucapião ou prescrição aquisitiva contribui para a paz social, pois a posse pacífica pelo período determinado pela lei sana todos os vícios dos títulos, inclusive, prescindindo destes, gerando um domínio por modo próprio e autônomo, tranquilizando os proprietários e, com eles, suas respectivas famílias e toda a sociedade (COSTA, 1999, p. 322).

As terras indígenas, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, foram consagradas como direitos dos índios, primários e naturais senhores delas, pelo instituto do indigenato, não sendo passíveis, portanto, de serem usucapidas. Note-se que a usucapião é uma forma de aquisição da propriedade na qual a posse por ocupação está sujeita à legitimação, só podendo ter por objeto as coisas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo proprietário. O indigenato, por sua vez, é fonte primária e congênita da posse territorial, não dependendo de legitimação (MENDES JUNIOR, 1912; SILVA, 2002) e as terras do indigenato, que são congenitamente possuídas, não podem ser devolutas, vez que originariamente reservadas.

Entretanto, como foi esclarecido anteriormente, o instituto do indigenato não foi respeitado na história brasileira, sendo burlado de diversas maneiras, na maioria delas com o consentimento estatal.

Com a Constituição de 1967, as terras indígenas foram consagradas patrimônio da União, sendo declarada constitucionalmente a sua inalienabilidade. Trata-se de uma propriedade vinculada ou reservada com o fim de garantir os direitos dos índios sobre elas. São terras inalienáveis, indisponíveis e o direito sobre elas é imprescritível. A referida regra manifestadamente afastou a possibilidade de usucapião das terras indígenas.

A Emenda Constitucional de 1969 foi mais além, incluindo o art. 198, segundo o qual,

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

Por outro lado, ficou declarada no §1º a “nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objetivo o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas”. A preocupação do legislador constitucional em explicitar algo que já estava consagrado na legislação desde 1850 revela que de fato tais dispositivos legais não eram respeitados sequer pelo próprio Estado³⁸, bem como a necessidade de positivação desses direitos.

A Constituição de 1988 os supracitados tais direito, estabelecendo no §4º do art. 231 que “as terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas são imprescritíveis”, bem como no §6º declarou “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de terras a que se refere este artigo [...]”. Mantém-se consagrada a impossibilidade de usucapião sobre as terras indígenas.

4.2.2 A Súmula 650 e seus objetivos uniformizadores

A primeira inserção da Súmula no Direito brasileiro ocorreu em 28 de agosto de 1963, por intermédio de emenda ao Regimento Interno do STF. Pode se considerar que tal instituto foi fruto do esforço do Ministro Victor Nunes Leal, à época integrante da Comissão de Jurisprudência do STF, juntamente com os Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves.

O Ministro Victor Nunes Leal mostrava-se preocupado com a quantidade de processos distribuídos à Corte, muitos dos temas já versados e

³⁸ Há de se destacar que na contramão da preocupação constitucional em proteger os direitos indígenas estava a política adotada pelo Estado, na qual os governos militares pós-64 definiram como estratégia a integração nacional, que, iniciada pela “Operação Amazônia”, cuja ideologia serviu de lema ao chamado Projeto Rondon: “integrar para não entregar”. Com tais projetos os governos militares transformaram os capitalistas do Sul e Sudeste em grandes latifundiários que investiram na região. Neste período, vários títulos de terra indígena foram vendidos ilegalmente pelos Estados, bem como a grilagem tomou conta da região amazônica, expulsando diversos povos indígenas de seus territórios. Por outro lado, a expansão de rodovias atravessou diversas áreas indígenas, levando consigo mais invasores, além de crescimento desordenado, doenças, prostituição e desmatamento, geradores de muito conflito na região. Para melhor compreensão da questão no Estado do Pará, vide SAUER, Sérgio. *Violação dos direitos humanos na Amazônia: conflito e violência na fronteira paraense*. Tradução Phillipa Bennett, Julia Figueira-McDonough, Marsha Michek e Kristen Schelemmer. Goiânia: CPT; Rio de Janeiro: Justiça Global; Curitiba: Terra de Direitos, 2005.

pacificados, tendo idealizado um método de trabalho que documentasse os julgados de modo formal e simplificasse os julgamentos. Inicialmente não se pensou em vincular juízes e tribunais ao que fora sumulado, mas a construção de

um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da justiça em todos os graus mas evita a petrificação, porque a Súmula regula o procedimento pelo qual pode ser modificada [...] apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juízes. Deverão eles procurar argumentos novos ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica. Com essa precaução, a Súmula substitui a loteria judiciária das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos verdadeiros profissionais do direito (LEAL, 1981)

Assim, até a Emenda Constitucional nº. 3, que criou a ação declaratória de constitucionalidade, cujas decisões têm caráter vinculante e obrigatório para todos os órgãos dos Poderes da República, não havia qualquer dispositivo legal-constitucional que impusesse às decisões efeitos vinculantes. Posteriormente, com a Emenda Constitucional 45/2004, foi atribuído efeito vinculante para as Súmulas, derivadas de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, mediante aprovação de pelo menos dois terços de seus membros, tornando o seu cumprimento obrigatório para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a administração pública direta e indireta (art. 103-A da CF/1988).³⁹ Note-se que não foi atribuído imediatamente efeito vinculante às Sumulas editadas, pois, de acordo com o art. 8º da Emenda Constitucional 45/2004, “as atuais Súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculativo após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”. Desta feita, a Súmula 650, por ter sido editada antes da vigência da EC 45/2004,

³⁹ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar Súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A Súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de Súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a Súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da Súmula, conforme o caso.

não é dotada de efeitos vinculantes, podendo vir a ser por meio de confirmação pelo STF, nos moldes supracitados.

Todavia, há de se ressaltar que no plano fático, as Súmulas mesmo antes da Emenda 45/2004, embora dotadas de natureza persuasiva, como bem destacou o seu idealizador Ministro Vitor Nunes Leal, já vinham recebendo um valor quase normativo, que, por via transversa, induzia ao efeito vinculante a partir da análise dos recursos. De acordo com o art. 22, §1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal,

“poderá o Relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal, ou for evidente a sua incompetência”. Por outro lado, a mera “citação da Súmula pelo número correspondente dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido” (art. 102, §4º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

No que tange aos Tribunais regionais, é previsto no artigo 557 do Código de Processo Civil (CPC) que o relator negue seguimento ao recurso em confronto com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, com alteração conferida pela Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998.

As mudanças advindas da Lei 11.276 de 07 de fevereiro de 2006 alteraram o juízo de admissibilidade do recurso de apelação e ampliaram o juízo de admissibilidade dos recursos em instâncias inferiores. O artigo 518 do CPC teve seu parágrafo único suprimido, sendo substituído por outros dois parágrafos, que ditam:

§1º O juiz não receberá recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

§2º Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.

Nesse diapasão, as Súmulas possuíam efeitos processuais relevantes, o que levou alguns autores brasileiros a atribuir um caráter normativo à jurisprudência contida na Súmula, entendendo-a obrigatória para todos os juízes e tribunais do país⁴⁰. Segundo Streck (1998), os referidos estudiosos fundamentam seu posicionamento no fato de o Supremo Tribunal Federal ser a última instância recursal da justiça brasileira, sendo suas decisões, portanto, irreformáveis por outro tribunal, não podendo se conceber que juízes de primeiro grau e outros tribunais

⁴⁰ No sentido do exposto, posicionaram-se Borborema (1981, p. 296) e Moura Rocha (1971, p. 324) *apud* STRECK (1998, p. 128/129).

julguem contrariamente ao proposto na Súmula, o que significaria uma afronta à soberania do STF, bem como o reconhecimento da imperfeição do Poder Judiciário. Por fim, representaria um impedimento para a certeza jurídica.

Não se pode, não obstante o caráter não vinculante da maioria das Súmulas editadas, negar que os referidos institutos assumiram um papel preponderante em nosso país, tendo o STF editado, até agosto de 2007, 736 Súmulas sem efeito vinculante e 03 com caráter vinculante⁴¹. Trata-se de uma forma indireta de criação de normas gerais.

A Súmula é, assim, a produção de definições explicativas, que têm força prescritiva na prática diária dos juristas, pela simples razão de que a força coercitiva do Direito não emana somente da lei, senão das práticas do Judiciário (STRECK, 1998, p. 238).

Há de se reconhecer que, se normativamente as Súmulas não vinculavam os juízes, produzindo somente efeitos *interna corporis* e influenciando diretamente as decisões dos Tribunais dos quais emanava, de fato extrapolavam tais limites, influenciando Tribunais locais e a atitude dos advogados, procuradores, promotores, juízes. Ocorria, e continua a ocorrer com as Súmulas sem efeito vinculante, o que Ferraz Júnior (1988, p. 59) chama de “validade no sentido fático”, explicando que elas não obrigam porque existe previsão legal para tanto, mas porque representam o modo pelo qual certos casos são julgados pelo Tribunal Superior, apontando, assim, certa uniformidade na atividade dos órgãos aplicadores do Direito.

A Súmula 650⁴², objeto do presente estudo, foi aprovada em sessão plenária de 24/09/2003, e preceitua 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”. Ela teve como objetivo uniformizar a jurisprudência no que tange ao alcance do termo “terras tradicionalmente ocupadas por índios”, presente no art. 20, inciso XI da Constituição Federal, que define as referidas terras como de propriedade da União, interpretando o dispositivo constitucional de forma a excluir de seu alcance as terras de aldeamentos extintos.

⁴¹ Informações obtidas no site oficial do STF www.stf.gov.br, acessado em 28/08/2007.

⁴² Publicação: DJ de 9/10/2003, p. 3; DJ de 10/10/2003, p. 3; e DJ de 13/10/2003, p. 3. Republicação: DJ de 29/10/2003, p. 1; DJ de 30/10/2003, p. 1; DJ de 31/10/2003, p. 1.

A “validade no sentido fático” acima descrita fica evidente no caso em questão, quando verificamos que após a edição da Súmula 650 do STF, a Advocacia-Geral da União, por intermédio do seu Advogado-Geral, confirmou o Enunciado nº. 4, de 05 de abril de 2000,⁴³ determinando que:

Salvo para defender o seu domínio sobre imóveis que estejam afetados ao uso público federal, a União não reivindicará o domínio de terras situadas dentro dos perímetros dos antigos aldeamentos indígenas de São Miguel e Guarulhos, localizados no Estado de São Paulo, e desistirá de reivindicações que tenham como objeto o referido domínio. (Redação dada pelo Ato de 19.07.2004, publicado no D.O.U. de 26, 27 e 28.07.2004)

Destaco que as Súmulas da Advocacia-Geral da União têm caráter obrigatório para todos os órgãos jurídicos da AGU e para os órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas, sendo vedado aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União contrariá-las. Desta feita, a Súmula 650, embora não tenha efeito vinculante, influenciou diretamente a edição do Enunciado da AGU que proíbe a reivindicação do domínio de terras situadas dentro dos perímetros de antigos aldeamentos indígenas de São Miguel e Guarulhos, determinando, ainda a desistência das ações em curso que tiverem como objeto a reivindicação de tal domínio.

Além da Súmula, foi editada pelo advogado-Geral da União, Álvaro Augusto Ribeiro Costa, a Instrução Normativa nº. 7, de 19 de julho de 2004, que no art. 1º e incisos determinou:

Art. 1º Os órgãos de representação judicial da Advocacia-Geral da União e seus integrantes, salvo para reivindicar ou defender o domínio da União sobre as terras de que tratam os incisos I a III do art. 17 da Medida provisória nº. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001:
I Não intervirão em ações judiciais para reivindicar o domínio das terras originárias de aldeamentos indígenas extintos anteriormente a 24 de fevereiro de 1981, ou confiscadas aos Jesuítas até aquela data; e
II Desistirão de intervenções em ações judiciais e de recursos interpostos que tenham como objeto a reivindicação de referido domínio (Publicada no D.O.U. de 26/07/2004).

⁴³ Esclareço que a Súmula foi editada originalmente em 05 de abril de 2000, com a seguinte redação: “*Salvo para defender o seu domínio sobre imóveis que estejam afetados ao uso público federal, a União não reivindicará o domínio de terras situadas dentro dos perímetros dos antigos aldeamentos indígenas de Guarulhos, localizados no Estado de São Paulo, e desistirá de reivindicações que tenham como objeto referido domínio*”. Tal enunciado se baseou no Acórdão (Plenário) do RE nº. 219.983-3/SP, precedente da Súmula 650 do STF e Acórdãos (1ª Turma): RE’s 212250, 226683, 220491, 226601, 219542, 231646, 231839, etc.; (2ª Turma): RE’s 219983, 197628, 194929, 170645, 179541, 215760, 166934, 222152, 209197, etc., todos de São Paulo

Além do exemplo acima, cito o Projeto de Decreto Legislativo nº. 49/2007⁴⁴, de autoria do Deputado Valdir Collato, o qual propõe que seja:

“sustada a aplicação da Portaria nº. 793, de 19 de abril de 2007, do Ministério da Justiça, que homologa a demarcação da área denominada pela FUNAI como Terra Indígena Toldo Imbu, no Município de Abelardo Luz, Estado de Santa Catarina, declarando-se de posse permanente do grupo indígena Kaiangang, anulando-se todos os atos administrativos expedidos com base na referida Portaria.⁴⁵”

O Projeto menciona em sua justificativa que:

Quanto ao mérito, falta à FUNAI e ao Ministério da Justiça um conceito preciso do que seja terra indígena, conforme estabelecido pela Constituição Federal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que o disposto no art. 231 da Constituição Federal não tem efeitos retroativos, já que para se reconhecer certa área como sendo “terra indígena” é necessário que exista posse atual dos índios, reconhecendo-se a atualidade como sendo o momento da promulgação da constituição. Veja para tanto o acórdão proferido no Recurso Extraordinário (RE) nº. 219.983, de 1999 e Súmula 650-STF.⁴⁶

Fica demonstrado que, na prática, as Súmulas do STF, mesmo antes da EC/45 e sem que lhe tenham sido atribuídos efeitos vinculantes, influenciavam decisivamente a atividade hermenêutica dos juristas. Assim, embora a edição da Súmula 650 do STF não tivesse o condão de enclausurar a interpretação do Direito, obrigando a sua observação, a realidade jurídica mostrou que a auto-suficiência sumular – fruto de uma uniformidade propiciada pelos Tribunais Superiores – desempenha uma função “aglutinadora, calibradora, e padronizadora”. Tais características têm como objetivo a uniformização da jurisprudência, o que é alcançado pelo que Streck (1998, p. 246) denomina de “consenso extorquido”, pois tem relação direta com fator normativo de poder.

Não se pode deixar de ressaltar o poder de violência simbólica que emana dos entendimentos sumulares, pois estes derivam da última instância de interpretação constitucional, o que cria no imaginário dos juristas a certeza de estarem decidindo de acordo com senso comum teórico dominante. As Súmulas,

⁴⁴ Com a mesma fundamentação, os Projetos de Decreto Legislativos de nº. 47/2007 e 48/2007, de autoria do Deputado Valdir Collato.

⁴⁵ Texto integral do Projeto de Lei obtido no site <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/462073.pdf>, acessado em 28/08/2007.

⁴⁶ Texto integral do Projeto de Lei obtido no site <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/462073.pdf>, acessado em 28/08/2007.

neste sentido, funcionam como um mecanismo de controle do discurso jurídico dominante no plano dos Tribunais Superiores.

Assim, o poder de controlabilidade difusa da Súmula decorre do controle discursivo, pelo poder do discurso, baseando-se na imposição de uma única interpretação possível, criando a partir de um caso concreto, uma imposição interpretativa abstrata, reduzindo a complexidade do Direito e de forma unilateral, descontextualizada e a-histórica (STRECK, 1998, p. 247).

Como forma de melhor compreender os diversos tipos de Súmulas existentes, utilizar-se-á a classificação adotada por Streck, *ibidem*, segundo a qual as decisões se agrupam em quatro grupos.

No primeiro deles estão as Súmulas denominadas de tautológicas, que simplesmente repetem o dizer da lei, atuando como um reforço da condição de sentido do dispositivo legal. A sua função seria impedir redefinições das normas consideradas “claras” pelos tribunais superiores.

No segundo grupo, estão as Súmulas denominadas *intra legem* ou interpretativas, que são as que assumem a função de trazer a última e definitiva palavra dos tribunais superiores a respeito da interpretação de qualquer ato normativo. Cabe notar que a Súmula não tem somente papel uniformizador da jurisprudência, na realidade tem a função de produzir um sentido “clausurado” da norma, passando a assumir um caráter de quase-normatividade (STRECK, *ibidem*, p. 237).

O terceiro grupo é formado pelas Súmulas que têm a função de limitar o juízo de admissibilidade recursal aos Tribunais Superiores. São denominadas *extra legem*. Elas objetivam restringir a possibilidade de acesso das partes aos Tribunais Superiores.

No quarto grupo, encontram-se as Súmulas editadas *contra legem* e contra o texto da Constituição Federal, que correspondem àquelas que constituem verdadeiras criações legislativas ou representam de forma frontal autênticas alterações de cunho constitucional.

A Súmula 650, ora analisada, à primeira vista pode ser classificada no segundo grupo, ou seja, como interpretativa ou “*intra legem*”, eis que define a amplitude do inciso XI do art. 20 da Constituição Federal, excluindo do domínio da União as terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em tempos remotos. Indiretamente, a Súmula apresenta uma restrição à aplicação do

art. 231 e parágrafos da CF/88, pois são excetuados de sua proteção os aldeamentos extintos. Sem dúvida, trata-se de tentativa de uniformização formal da jurisprudência com a fixação da interpretação adotada pelo STF e a ser adota pelos juízes e Tribunais inferiores, conforme mais adiante se demonstrará.

A Súmula vai mais além, definindo a competência da Justiça Estadual para dirimir lides que envolvam a propriedade de terras de antigos aldeamentos extintos, bem como excluindo a União da lide por falta de interesse processual.

Todavia, há de se demonstrar nos tópicos seguintes que a Súmula 650 do STF, sobretudo quando considerada a forma vaga e ambígua de sua redação, é de fato uma Súmula *contra legem*, identificando-se em sua fundamentação uma afronta direta à Constituição, o que torna imperiosa a sua aplicação limitada, senão sua alteração/revogação, diante dos equívocos interpretativos que dela podem ser derivados.

4.2.3 Ação de usucapião e os aldeamentos de índios de São Miguel e Guarulhos

Em meados de 1997, chegou para julgamento no STF uma série de Recursos Extraordinários interpostos pela União Federal, em ações de reconhecimento de domínio sobre imóvel situado no perímetro dos aldeamentos indígenas de São Miguel e Guarulhos. Os referidos imóveis estavam localizados em áreas urbanas dentro do Estado de São Paulo e, em sua maioria, preenchiam os requisitos do art. 183 da CF/88, ou seja, situavam-se em área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, eram objeto de posse com *animus domini* por cinco anos ininterruptos e sem oposição, além de servir de moradia para o possuidor e sua família, sendo este não proprietário de imóvel urbano ou rural.

As ações foram interpostas na Justiça Estadual por particulares que visavam o reconhecimento do domínio sobre imóvel situado no perímetro dos aldeamentos indígenas de São Miguel e Guarulhos, por meio do instituto da usucapião, com fundamento no art. 183 da CF/1988. No decorrer da ação, a União Federal intervinha alegando ter interesse na lide, vez que a área usucapienda encontrava-se dentro de áreas de antigos aldeamentos indígenas de São Miguel e Guarulhos, no Estado de São Paulo, sendo, portanto, áreas de sua propriedade. Era

requerido, ainda, o deslocamento de competência para a Justiça Federal diante do art. 109, inciso I da CF/88.⁴⁷

O Tribunal de Justiça do Estado São Paulo, no julgamento das referidas ações, posicionava-se no sentido de indeferir a intervenção da União Federal na lide, por ausência de interesse processual desta, posto que não teria nenhuma propriedade sobre as áreas em questão. Em consequência, afastava a competência da Justiça Federal. As lides chegaram ao STF por intermédio de Recursos Extraordinários, interpostos pela União por meio da Procuradoria da Fazenda Nacional e da Advocacia-Geral da União (hoje órgãos unificados), visando a reforma das decisões do TJESP.

4.2.3.1 O posicionamento da Segunda Turma do STF acerca da competência da Justiça Federal

No julgamento do RE nº. 197.628-4⁴⁸, a Segunda Turma do STF, por meio do voto do Ministro Relator do acórdão, Maurício Corrêa, que foi acompanhado unanimemente pelos demais Ministros da mencionada Turma⁴⁹, entendeu que, havendo manifestação de interesse da União perante a Justiça Estadual, somente à Justiça Federal cabe avaliar a realidade ou não do interesse, utilizando para fundamentar a sua decisão a concordância com a jurisprudência do Tribunal manifesta no julgamento dos RE nº. 91.593, CJ nº. 6.234 e RE nº. 99.928.

Cabe ressaltar que na decisão o a Turma analisou tão somente o conflito de competência entre a Justiça Federal e Estadual para a análise do interesse da União, não reconhecendo a existência deste.

⁴⁷ “Art. 109 Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em a União, entidades autárquicas ou empresa pública federal foram interessadas na condição de autoras, réus, assistentes ou oponentes, exceto as de falências, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.”

⁴⁸ Recurso Extraordinário julgado em 25/03/1997, publicado no D.J. de 16/05/1997, interposto pela União Federal, por intermédio da Procuradoria da Fazenda Nacional, contra João Santana e cônjuge, visando reformar decisão do Tribunal Estadual em ação de usucapião extraordinário, que afastou a competência da Justiça Federal para dirimir a lide, por entender que a simples alegação apresentada pela União em sua contestação de que a área usucapienda encontrava-se situada dentro de perímetro do antigo aldeamento de índios de São Miguel e Guarulhos, sem melhor demonstração de seu direito, não justifica o deslocamento da competência do Juízo. O Recurso foi provido e a decisão reformada para reconhecer a competência da Justiça Federal para avaliar a existência de interesse ou não da União na demanda.

⁴⁹ Presidência do Ministro Néri da Silveira, presente o Ministro Carlos Velloso e ausente o Ministro Marco Aurélio.

Convém, ainda, destacar que na decisão reformada entendeu-se que as provas da alegação da União da propriedade das áreas objeto da lide, quais sejam, *“xerocópias ilegíveis de suposto mapa e publicações de circulação restrita”* não seriam suficientes para convencer da sua pretensão. Asseverou, ainda, *“como se sabe, a área abrangida pelo citado aldeamento já contém títulos de domínio pertencentes a particulares, registrados anteriormente ao citado Decreto-lei”*.

No mesmo sentido da decisão acima, REs 194929, 170645, 179541, 215760, 166934, 222152, 209197, 216696, 226747, 231825, 232423, 212338, 223273, 212376, 220731, 227494, 252218, 230885, 206497, 236646, 238190, 194928, 228665.

4.2.3.2 O posicionamento da Primeira Turma do STF acerca da ausência de interesse da União e competência da Justiça Estadual

No julgamento do RE nº. 212.251-3⁵⁰, entendeu a Primeira Turma do STF, por meio do voto do Ministro Relator, Ilmar Galvão, que, tratando-se de aldeamento extinto abandonado antes da Constituição de 1891, as terras nele compreendidas passaram a ser devolutas, porque desafetadas do uso especial que as gravava, passando para o domínio do Estado, por efeito do art. 64 da CF/1891. Além disso, considerou-se a inexistência de ofensa aos artigos 64 da CF/1961 e 34 da CF/1946.

No referido recurso, a União Federal alegou que a área envolvida na lide não se tratava de terras devolutas, razão pela qual ela não teria sido atingida pelo art. 64 da Constituição de 1891, havendo, por isso, a Lei nº. 1.114/60 autorizado o Governo a aforá-las. O aforamento foi feito ao Estado de São Paulo pelo DL nº. 1.854/81.

⁵⁰ Recurso Extraordinário julgado em 23/06/1998, Publicado no D.J. de 16.10.1998, interposto pela União Federal, por intermédio da Procuradoria da Fazenda Nacional, contra Antenor Soares da Silva e cônjuge, visando reformar decisão do Tribunal Estadual em ação de usucapião extraordinário, que afastou a competência da Justiça Federal para dirimir a lide, por entender ausente o interesse da União. O Recurso não foi conhecido em razão da ausência de interesse processual da União e de ausência de inconstitucionalidade do art. 1º, h, do DL nº. 9.760/46.

A União alegou, ainda, que a decisão recorrida ofendeu o art. 20, incisos I e XI, além de ter interpretado de forma incorreta o art. 34 da Constituição de 1946, que se limitou a listar os bens da União de forma exemplificativa.

A decisão recorrida asseverou que a Constituição de 1891, no art. 64 e parágrafo único, atribuiu aos Estados as terras devolutas situadas dentro de suas fronteiras, além de passar ao domínio das unidades federadas os próprios nacionais (imóvel de domínio da União) situados em seus respectivos territórios, não necessários aos serviços da União. Além disso, firmou-se o entendimento de que o art. 1º, h, do DL 9.760/46⁵¹ restou revogado pelo art. 34 da CF/1946, o qual incluiu entre os bens da União apenas a porção de terras devolutas indispensável à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro.

O Ministro Relator, contudo, posicionou-se no sentido de que, de acordo com as provas trazidas pela Procuradoria da República⁵², os aldeamentos de índios de São Miguel e Guarulhos foram abandonados pelos indígenas anteriormente ao advento da Constituição de 1891. Desta feita, as terras teriam passado ao domínio dos Estados sob o título de devolutas. Segundo o Relator:

O aldeamento em questão foi, todavia, abandonado pelos indígenas muito antes do advento da Carta de 1891 (p. 19), razão pela qual as terras nele compreendidas perderam a destinação especial que as afetava, passando, por isso, na qualidade de devolutas, ao domínio do Estado, por efeito da norma do art. 64 da CF/1891. (RE 212.251-3 , p. 675)

Verifica-se que a decisão limitou-se a apreciar as provas no que tange à temporalidade da extinção dos aldeamentos de índios, não se referindo à forma de desocupação, tão pouco os relacionando com as terras tradicionalmente ocupadas. De fato, foi afastada a ofensa ao art. 20, incisos I e XI da CF/88 alegada pela União. Todavia, o Ministro Relator não tratou de interpretar o alcance da norma constitucional, referindo-se tão somente à transferência de propriedade ocorrida sob a vigência das Constituições anteriores.

⁵¹ Art. 1º - Incluem-se entre os bens imóveis da União (...)

h) os terrenos dos extintos aldeamentos de índios e das colônias militares que não tenham passado, legalmente, para o domínio dos Estados, Municípios ou particulares.

⁵² Tratava-se de publicações científicas e documentos que demonstravam a existência dos aldeamentos indígenas, no intuito de provar que eram terras tradicionalmente ocupadas, na forma do art. 20, inc. XI, por força do instituto do indigenato.

4.2.3.3 Os precedentes da Súmula 650

A inclusão de enunciados na Súmula, bem como sua alteração ou cancelamento, deve ser deliberado em Plenário e por maioria absoluta, de acordo com §1º do art. 102 do Regimento Interno do STF. Conforme esclarecido acima, as questões envolvendo o domínio dos aldeamentos extintos de São Miguel e Guarulhos ainda não haviam sido levadas a julgamento do Pleno, havendo divergência entre Turmas quanto ao interesse processual da União para figurar no pólo passivo da demanda, e quanto à competência para analisá-lo.

Diante da matéria versada nos autos do Recurso Extraordinário nº. 219.983-3 SP⁵³ (terras indígenas, aldeamento, usucapião), o Ministro Relator do acórdão, Marco Aurélio, achou por bem submetê-lo ao julgamento do Pleno, tendo feito, em 01/12/1998, a proposta de remessa. A Segunda Turma do STF, da qual o Ministro fazia parte, deliberou por unanimidade em afetar ao Plenário o julgamento do feito⁵⁴. Ficava claro o interesse da Corte de uniformizar a jurisprudência, editando Súmula que servisse de modelo interpretativo para os Tribunais inferiores, bem como que contivesse a quantidade de demandas que chegavam ao STF versando sobre o referido tema.

Em 09/12/1998, o feito foi submetido ao Tribunal Pleno, mantendo-se o Ministro Marco Aurélio como Relator.

No recurso em comento, a União, por intermédio da Procuradoria da Fazenda Nacional, pleiteou a reforma da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que entendeu estar ausente o seu interesse processual. O argumento utilizado na decisão foi de que as terras situadas em antigos aldeamentos indígenas não pertencerem à União Federal, eis que o Decreto-Lei nº. 9760/46, ou assumiu a natureza de Emenda Constitucional à Constituição de 1937, tendo sido revogada pela Constituição de 1946 ou, acaso considerado norma inferior, não foi recebido pela nova ordem. Concluiu, assim, pela incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito.

⁵³ Recurso Extraordinário julgado em 09/12/1998, Publicado no D.J. de 17/09/1999, interposto pela União Federal, por intermédio da Procuradoria da Fazenda Nacional, contra Francisco Nacarato e cônjuge, visando reformar decisão do Tribunal Estadual em ação de usucapião extraordinário, que afastou a competência da Justiça Federal para dirimir a lide, por entender ausente o interesse da União. O Recurso não foi conhecido.

⁵⁴ Ressalto que no julgamento do RE 197.328-4, no qual a Segunda Turma entendeu que os autos deveriam ser remetidos à Justiça Federal para análise do interesse processual da União (item 4.2.3.1) o Ministro Marco Aurélio estava ausente.

A União por sua vez, fundamentou o seu pedido de reforma no teor dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal de 1988, partindo da interpretação de que com a extinção dos aldeamentos indígenas, as terras abandonadas teriam sido devolvidas à nação, ficando o governo, com a Lei nº. 1.114/60, autorizado a aforá-las. Como os aforamentos teriam caído em comisso, teria sido consolidado o domínio pleno da União sobre as ditas áreas. Ressaltou, ainda, que as terras não teriam sido transferidas para o Estado por força da Constituição de 1891, pois não se incluíam entre as terras devolutas, nem entre os próprios nacionais desnecessários ao Governo Federal à data da promulgação da mencionada Carta. Assim, evocaram a Súmula 340 do STF segundo a qual os bens dominiais e os demais bens públicos não são passíveis de serem usucapidos.

O Ministro Marco Aurélio, em voto que foi acompanhado pela totalidade dos Ministros presentes no julgamento⁵⁵, entendeu por não conhecer o recurso. Porém os seus fundamentos foram muito além da questão processual que se impunha até então nos julgamentos da Corte, tendo ampliado a questão, estabelecendo com sua interpretação limites à interpretação do art. 20, inciso XI e art. 231 e parágrafos da Constituição Federal, ou seja, criando uma restrição para o alcance do termo “terras tradicionalmente ocupadas por índios”.

O Ministro Relator, primeiramente, ressaltou que desde o art. 129 da CF/1934, que preceituava que “será respeitada a posse da terra de silvícolas que nela se acharem permanentemente localizados [...]” (RE 219.983-3, p. 640), era dada uma atenção maior à realidade, “ou seja, para o fato de os silvícolas terem a posse das terras, nelas estando permanentemente localizados” (Idem).

Posteriormente, remeteu-se à inclusão somente na Constituição de 1967 de artigo que explicita como domínio da União “as terras ocupadas pelos silvícolas” (art. 4º, inciso IV). A Emenda nº. 1, de 1969, não teria introduzido modificação, contemplando as terras ocupadas pelos indígenas como sendo da União (artigos 4º e 5º).

Passou, então, à exegese do artigo 231 da CF/1988, reconhecendo que o constituinte de 1988 mostrou-se preocupado com a situação dos índios, tendo dedicado um capítulo para tratar da matéria, tendo, ainda, inserido no artigo 20 do texto constitucional que as “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” incluem-

⁵⁵ Ausente somente o Ministro Carlos Velloso.

se entre os bens da União. Porém, entendeu que o artigo 231 da CF/88, bem como o inciso XI da CF, possui limites e, para defini-los, formulou o questionamento que servirá de base para sua argumentação:

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? (RE 219.983-3, p. 640)

O Ministro Relator recorreu ao princípio da razoabilidade para concluir sobre a necessidade de posse atual dos indígenas sobre o território para que fique caracterizada a ocupação na forma do art. 231 e art. 20, inciso XI da CF/88. O argumento apresentado baseou-se na pressuposição do que normalmente ocorre - o que é resultado do *status quo* dominante, bem como na letra dos preceitos constitucionais envolvidos.

A interpretação fundou-se na premissa de que as Constituições anteriores que versaram sobre a situação das terras indígenas sempre se referiram à ocupação, o que segundo o Relator é sinônimo de um estado atual que revela a própria posse da terra pelos indígenas.

Da análise da literalidade dos §§ 1º e 2º do art. 231 da CF/88, deduziu o Ministro:

Após mencionar, na cabeça do artigo 231, a ocupação, utilizando-se da expressão "... as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os bens", veio no § 1º desse mesmo artigo, a definir o que se entende como terras tradicionalmente ocupadas. Atente-se para a definição, no que, ante a necessidade de preservar-se a segurança jurídica, mais uma vez homenageou a realidade: §1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Mais do que isso, no parágrafo seguinte cuida a Carta da República de deixar explícita a necessidade de ter-se como atual, a posse:

§2º. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes. (RE 219.983-6, p. 644/645)

O último fundamento apresentado para afirmar que o domínio dos incisos I e XI do art. 20 não alberga terras que no passado foram ocupadas por indígenas, foi que pensar o contrário seria "asseverar que a totalidade do Rio de

Janeiro consubstanciaria terras da União, o que seria um verdadeiro despropósito” (RE 219.983-6, p. 646)

O Ministro Nelson Jobim, mesmo acompanhando o voto do Ministro Marco Aurélio, fez algumas observações, agregando fundamentos para a interpretação a ser uniformizada pelo STF. Cumpre ressaltar que o referido Ministro declarou que para tais observações foi relevante o período em que exerceu o cargo de Ministro da Justiça⁵⁶, ocasião na qual se envolveu enormemente com a controvérsia sobre a terra indígena.

Assim, o Ministro afirmou que a controvérsia sobre a tese da propriedade indígena das terras imemorais teria se iniciado em uma conferência de João Mendes de Almeida, tendo este criado a figura do indigenato, baseado no Alvará Régio de 1680, que se referia aos ocupantes primários e originários das terras. Mas, que as terras indígenas só teriam sido incorporadas aos bens da União na Constituição de 1967. 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”. (RE 219.983-6, p. 648)

O Ministro, que também participou da Assembléia Constituinte de 1988⁵⁷, trouxe a informação de que naquele ano surgiu a expressão “posse imemorial”, que não estava relacionada com o conceito jurídico, mas com o antropológico, com a qual os indigenistas pretendiam retomar o indigenato de João Mendes. A proposta, entretanto, teria sido amplamente rejeitada na Assembléia Constituinte, que definiu a terra indígena no Brasil como composta por quatro elementos distintos, sendo o primeiro deles o dado fático “de estarem os índios na posse da área”. Esclarece, ainda, que a palavra “tradicionalmente” não é a posse imemorial, mas a forma de possuir no sentido da comunidade indígena, ou seja, “o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional.” (RE 219.983-6, p. 649).

⁵⁶ Nelson Jobim foi Ministro da Justiça de 01 de janeiro de 1995 a 07 de abril de 1997, durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

⁵⁷ Durante a Assembléia Constituinte o Ministro Nelson Jobim era Deputado Federal pelo Rio Grande do Sul, filiado ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), do qual foi Vice-líder e Líder. Foi membro titular da Comissão de Sistematização.

Por fim, reforçou a teoria do direito de conquista apresentada pelo Ministro Marco Aurélio, inclusive cometendo o equívoco de identificar terras indígenas com terras devolutas, nos termos que seguem:

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 passou às mãos da Coroa Portuguesa e depois evoluiu, chegando-se ao ponto, até mesmo, na lei de Terras de 185, Lei nº. 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 pela ocupação do oeste brasileiro.

Então, Sr. Presidente, creio importante os fundamentos do voto do Ministro Marco Aurélio para repor, no seu devido lugar, a questão dessas terras indígenas e acabar com tal pretensão. (RE 219.983-6, p. 650).

O outro julgamento que serviu de precedente para o Enunciado da súmula 650 foi o do Recurso Extraordinário nº. 249.705-3⁵⁸, julgado pela Primeira Turma. No entanto, o voto do Ministro Relator Moreira Alves, acompanhado pelos demais Ministros, simplesmente remeteu-se ao julgamento pelo Tribunal Pleno do RE 219.983-3, no qual foi firmado o entendimento de que os incisos I e XI do artigo 20 da atual Constituição não abarcam terras que só em tempos imemoriais foram ocupadas por indígenas.

Desta feita, os fundamentos do RE 219-983-3 passaram a ser adotados pela Corte mesmo antes da aprovação da Súmula 650, o que ocorreu somente em 24/09/2003. De acordo com o exposto, RE 285098, julgado em 29/05/2001, publicado no D.J. de 10/08/2001 e RE 335.887-1, julgado em 12/03/2002, publicado no D.J. de 26/04/2002.

Resta-nos analisar a decisão sob o prisma dos fundamentos apresentados, da contrariedade à jurisprudência até então prevalecente na Corte, bem como os seus limites de aplicação.

⁵⁸ Recurso Extraordinário julgado em 24/08/1999, Publicado no D.J. de 01/10/1999, interposto pela União Federal, por intermédio da Advocacia-Geral da União, contra Maria Célia Silvestrini e outros, visando reformar decisão do Tribunal Estadual em ação de usucapião extraordinário, que afastou a competência da Justiça Federal para dirimir a lide, por entender ausente o interesse da União. O Recurso não foi conhecido.

5 OS LIMITES DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 650 DO STF

Como foi apresentado no Capítulo 4, a interpretação fixada na Súmula 650 do STF criou uma restrição para a aplicação do art. 20, incisos I e XI e, indiretamente, do artigo 231 e parágrafos, ambos da CF/88, pois, interpretando tais dispositivos constitucionais, o STF posicionou-se pela exclusão das terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupados por índios em passado remoto, do temo “*terras tradicionalmente ocupadas*”. A interpretação, consolidada por meio do Enunciado da Súmula 650/2003, definiu, ainda, que para que a ocupação tradicional seja caracterizada faz-se necessário o critério objetivo da posse indígena atual.

Note-se que, embora os precedentes sejam específicos, ações de usucapião em terras situadas em áreas dos antigos aldeamentos de São Miguel e Guarulhos, a interpretação do STF, por intermédio do Ministro Relator Marco Aurélio, corroborada pelo Ministro Nelson Jobim, e acompanhada pelos demais Ministros do Pleno, vai além, fixando a interpretação dos artigos supracitados de forma genérica e abstrata, pois conforme afirmam:

[...] A esta altura, cabe indagar: nas previsões das Cartas pretéritas e na da 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, considerando não só o princípio da razoabilidade, pressupondo-se o que normalmente ocorre, como também a própria letra dos preceitos constitucionais envolvidos [...] (RE 219.983-6, p. 643/644).

Mais do que isso, no parágrafo seguinte cuida, a Carta da República de deixar explícita a necessidade de ter-se, como atual, a posse [...] (RE 219.983-6, p. 644).

Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo e que leva em conta o conceito objetivo de posse [...] 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, 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 (RE 219.983-6, p. 649)

Desta feita, verifica-se que a interpretação do STF nos precedentes da Súmula 650 foi conformada de modo a abranger a totalidade dos casos envolvendo aldeamentos extintos, não obstante se tratasse de uma situação concreta, envolvendo povos com especificidades históricas e culturais, o que certamente

dificultaria a sua aplicação generalizada diante da pluralidade de culturas indígenas existentes no Brasil.

Como se pôde notar, os argumentos utilizados na decisão se fundaram na interpretação segundo as Constituições anteriores, que remetiam a ocupação, e na letra da Constituição de 1988, que não se refere expressamente à posse imemorial, mas somente à posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas. Além disso, buscaram a vontade do legislador constituinte na discussão acerca da definição da posse, afirmando que, embora se tenha discutido a utilização do conceito antropológico, adotou-se o conceito que exige que as terras tenham sido habitadas em caráter permanente (art. 231, §1º da CF).

Segundo a interpretação do STF, o conceito de posse deve remeter-se à necessidade do requisito fático e histórico da atualidade da posse, tendo o legislador constituinte o adotado em nome da segurança jurídica, pois ao se reconhecer que historicamente todo o território nacional estava sob a posse indígena e ao se incluir a posse imemorial na Constituição, a conclusão necessária seria que todo o território brasileiro pertenceria à União, o que seria desarrazoado.

Desta maneira, não se utiliza um conceito particular de posse, mas em nome da segurança jurídica, sobrepõe-se ao conceito indígena um construído a partir da legislação civil brasileira. Ou seja, pretende-se atribuir um sentido universal ao termo posse, mas partindo-se do ordenamento jurídico vigente que, por outra banda, representa os interesses daqueles que o elaboraram.

Assim, a interpretação adotada pelo STF reconhece os direitos indígenas, mas é neutra na tarefa de garanti-los, não considerando os conceitos de acordo com os valores particulares dos povos que se busca proteger e consagrando princípios liberais como da segurança jurídica e da proteção da propriedade privada. Ressalte-se que, de acordo com a concepção do STF, reconhecer a posse segundo um conceito antropológico - que foi igualado ao de posse imemorial - seria abalar a segurança da propriedade daqueles que por mais de dois séculos esbulharam as comunidades indígenas de suas terras e as ocuparam segundo o conceito civil de posse.

A preocupação com a limitação da aplicabilidade da Súmula 650 logo se demonstrou latente entre os envolvidos nas questões indígenas. Santos Filho (2006) formalizou seu posicionamento, explicitando

que a Súmula 650 foi veiculada em razão de provocações da Suprema para pronunciamento acerca de eventual interesse da União Federal na solução de ações de usucapião em terras situadas nos Municípios de Guarulhos e de Santo André, no estado de São Paulo, em vista do disposto no art. 1º, alínea “h”, do Decreto-Lei nº. 9.760/1946.

Ou seja, a Súmula estaria restrita às ações de usucapião relacionadas às terras situadas em Guarulhos e Santo André-SP, nas quais a União sustentava possuir interesse na solução do litígio, sob o argumento de que a área usucapienda estaria encravada em antigo aldeamento extinto, tratando-se, portanto, de bem da União, a teor do Decreto-Lei nº. 9.760/1946 e do art. 20, incisos I e XI da Constituição. Assim, a aplicação da Súmula 650 seria restrita às situações nas quais houvesse total identidade com os precedentes que a conformaram. O citado artigo foi amplamente divulgado nos sites de organizações que atuam na defesa dos direitos indígenas e órgãos governamentais envolvidos com a questão, como a FUNAI.

Assim, Santos Filho (2006) propôs aos operadores do direito que a Súmula 650 do STF fosse aplicada a casos específicos, e mais, conjuntamente com as orientações constantes da Agenda 21 (ONU/Rio-1992), com o disciplinado no art. 231 da Constituição de 1988 e com o preconizado no artigo 14, itens 1,2 e 3 da Convenção da OIT que versa sobre direitos dos povos indígenas. Chamou, ainda, a atenção para o fator histórico da ocupação das terras indígenas, na qual o próprio Estado por muitas vezes estimulou o seu apossamento no intuito de expandir as fronteiras agrícolas, por vezes conferindo títulos de terras que desde o Alvará de 1º de abril de 1680 estavam destinadas à satisfação dos direitos dos índios.

Levando em consideração os argumentos ventilados por SANTOS FILHO, 2006, bem como as informações trazidas nos capítulos anteriores, buscar-se-á, neste capítulo desenvolver argumentos que fundamentem uma aplicação limitada da Súmula 650 do STF.

5.1 A INSUFICIÊNCIA DOS PARADIGMAS LIBERAIS E NORMATIVISTAS PARA SOLUCIONAR LIDES ENVOLVENDO TERRAS INDÍGENAS

Cumprido destacar que a Súmula 650 não pode ser aplicada ignorando-se as especificidades das situações concretas não obstante os argumentos generalizantes apresentados pelos Ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim, que buscaram a fixação de um entendimento *a priori* excludente do conceito de “terras tradicionalmente ocupadas” daquelas que não tivessem sob posse imediata indígena, ou seja, agregando o requisito da posse atual ao conceito do art. 231 e parágrafos e art. 20, incisos I e XI, ambos da CF/88.

A Súmula não pode ser aplicada de maneira que ignore as especificidades das situações concretas.

Uma interpretação da Súmula 650 que se oriente cegamente pelos argumentos apresentados na conformação dos seus precedentes, negando a situação concreta em que a decisão se conformou, pode gerar sérias consequências para os direitos territoriais indígenas. Entretanto, a mencionada interpretação vai ao encontro do imaginário jurídico prevalecente, no qual se encontra disseminado o paradigma epistemológico da filosofia da consciência, calcada na lógica do sujeito cognoscente, onde as formas de vida e relacionamentos são reificadas e funcionalizadas, restando tudo reduzido às relações sujeito-objeto (STRECK, 2007).

Nos casos sob análise, a trajetória dos aldeamentos de São Miguel e Guarulhos, bem como dos povos indígenas que construíram a história dessas áreas, sequer foram consideradas no momento da tomada de decisão. Os grupos indígenas envolvidos foram vistos unicamente como objetos da lide e não como sujeitos que fazem parte da relação jurídica que se conformou.

A constatação pode ser reforçada pelo entendimento de Lênio Streck (2007, p. 33) para quem o Direito brasileiro está assentado em um paradigma liberal-individualista, não tendo havido, ainda, no plano hermenêutico, a mudança que deveria ser derivada da emergência do Estado Democrático de Direito, mantendo-se nas Instituições encarregadas de aplicar a lei o velho modo liberal-individualista-normativista de produção de direito.

Fica latente na análise dos argumentos lançados nos precedentes da Súmula 650 do STF o que Ferraz Jr. (*apud* STRECK, 2007, p. 72) denomina de “astúcia da razão dogmática”, que atua mediante mecanismos de “deslocamentos

ideológicos discursivos”, que transferem a discussão dos conflitos concretos, derivados de problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos, para concentrá-la em conflitos abstratos, definidos em termos jurídicos e juridicamente interpretáveis e decidíveis.

Como foi possível constatar, a discussão sobre a retomada das terras por povos indígenas, que por um motivo concreto abandonaram ou foram expulsos de seus territórios, tornou-se coadjuvante diante da do destaque que se atribuiu ao debate processual sobre a competência para dirimir conflitos nos quais a União manifestasse o interesse nas áreas a serem usucapidas. Além do que, a exegese dos artigos 20, incisos I e XI, e art. 231, e parágrafos da Constituição, foi realizada a partir da preocupação da União em consagrar como suas as terras dos aldeamentos extintos.

O deslocamento do foco do conflito faz, inclusive, com que a primeira vista, sejam considerados inofensivos os resultados de uma aplicação generalizante da Súmula 650. Todavia, os argumentos utilizados pelos intérpretes do STF logo se disseminaram entre aqueles que desejavam ver legitimados os esbulhos praticados durante séculos no Brasil, bem como ver fragilizada e limitada a proteção constante no art. 231 da CF/88.

Os fundamentos apresentados na Súmula 650 não resolvem satisfatoriamente conflitos nos quais os indígenas pleiteiam a posse de territórios tradicionalmente ocupados dos quais foram expulsos ou compelidos a sair, não detendo a posse atual de tais áreas, porém ainda estando culturalmente ligados a elas, como ocorreu com o povo Kaywoá no julgamento do MS 21.575-5 DF (item 3.2)

Constata-se que os velhos paradigmas liberais e normativistas utilizados pelos Ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim no julgamento dos Recursos Extraordinários que serviram de precedentes para a Súmula 650/2003 revelam-se insuficientes para solucionar questões surgidas com o Estado Democrático de Direito, sobretudo aquelas derivadas das relações transindividuais.

Em se tratando de terras indígenas, fica patente que as relações são transindividuais e que não podem ser resolvidas pelo direito civil tradicional, impondo-se conceitos às realidades com as quais não correspondem. Recorde-se que tal entendimento era consagrado pelo Ministro Vitor Nunes Leal no julgamento

do no Recurso Extraordinário nº. 44.585/1961, conforme se esclareceu no item 3.1, muito antes do advento da Constituição de 1988.

Desta feita, propõe-se neste momento que o fenômeno jurídico seja enfrentado sob outros prismas, introduzindo-se uma sensível modificação no dogmatismo clássico e propondo um rompimento na estrutura científica do direito, com a adoção de novos paradigmas, porque os existentes “deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por meio que ajudaram em parte criar” (KUHN, 2001, p. 126).

Atualmente, a experiência jurídica não se volta apenas para a revelação do direito, albergando um processo criador, que

agregaria conteúdos jurídicos de testificação discursiva propiciadores de processual e incessante fiscalidade irrestrita, abstrata e concreta das bases de produção, legiferação e cumprimento (aplicação) do direito, que só assim se mostraria realizador do princípio da democracia (LEAL, 2002, p. 29).

A decisão judicial deve ocorrer não a partir de um esquema metodológico dogmático, mas num plano de compreensão onde o intérprete se encontra livre das amarras do processo subsuntivo/dedutivista da hermenêutica clássica.

A constatação coloca a experiência jurídica em um local de destaque dentro da teoria do direito, pois as preocupações se voltam para a tarefa rotineira dos juristas de interpretar.

Note-se que a redução do direito à norma, sob o manto do positivismo, conduz a tarefa do jurista a encontrar o preceito normativo que se ajuste ao caso concreto, em um processo de subsunção do fato a ele. Essa postura faz com que o intérprete tenha a preocupação voltada para alcançar a vontade da lei, de modo que tanto mais autêntica seria a interpretação quanto revelasse essa vontade (espírito do legislador). Tal método ficou claro nos argumentos trazidos nos precedentes da Súmula 650. Vejamos alguns trechos dos votos que revelam tal assertiva:

O constituinte de 1988 mostrou-se preocupado com a situação dos indígenas. Nota-se a inserção, na Carta, de um capítulo sob o título “Dos índios” [...]

Ao mesmo tempo, fez-se inserir no artigo 20 da Carta, definidor dos bens da União, não só regra linear remissiva aos que, á época, lhe pertenciam e os que viessem a ser atribuídos, como também “às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” (incisos I e XI, que a União tem como vulnerados).

A esta altura, cabe indagar: nas previsões das Cartas pretéritas e na da 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? (RE 219.983-6, p. 642/643).

[...]

Conclui-se, assim, que a regra definidora do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição de 1988, considerada a regência seqüencial da matéria sob o prisma constitucional, não alberga situações como a dos autos, em que, em tempos memoráveis, as terras foram ocupadas por indígenas. Conclusão diversa, implicaria, por exemplo, asseverar que a totalidade do Rio de Janeiro consubstanciaria terras da União, o que seria um verdadeiro despropósito (RE 219.983-6, p. 646).

O discurso destacado revela um apoderar-se da norma conquanto objeto cognoscível pelo sujeito cognoscente. Tê-la sob controle como se faz com relação aos objetos.

Neste estudo, propõe-se a superação desta relação objetificante sujeito-objeto por meio da linguagem como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno jurídico, quando evidencia um sentido sempre e já pré-existente (tradição). Neste diapasão, o giro hermenêutico proposto por Gadamer (2003) é fundamental para nos ajudar a retirar a compressão das garras da relação objetificante da metafísica clássica e direcioná-la para uma especial forma de ser-no-mundo: a linguagem como condição de possibilidade, que privilegia a experiência histórico-factual do sujeito (tradição).

Gadamer (2003) apreoa um “retorno ao mundo da vida, a saber, uma posição anterior à objetividade da ciência” (P. 341). O fundamento metodológico residiria no fato de as vivências darem-se por si mesmas.

A facticidade da pre-sença, a existência, que não pode ser fundamentada nem deduzida, deveria representar a base ontológica do questionamento fenomenológico, e não o puro ‘cogito’, como estruturação essencial de uma generalidade típica” (Idem).

Desta forma,

compreender não é um ideal resignado da experiência de vida humana da idade avançada do espírito, com em Dilthey; mas tampouco é, como em Husserl, um ideal metodológico último como filosofia frente à ingenuidade do ir vivendo. É, ao contrário, a forma originária de realização da pre-sença, que é ser no mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da pre-sença, na medida em que é poder-ser e “possibilidade” (GADAMER, 2003, p. 347).

Gadamer, então, divisa a pre-sença (*daisen*) como uma premissa insuperável, o que torna possível e limita todo o seu projetar, ou seja, considerando que a estrutura existencial da pre-sença também necessita encontrar a sua formulação na compreensão da tradição histórica, ele parte de Heidegger para construir a sua hermenêutica filosófica, que se constrói baseada no círculo hermenêutico e na diferença ontológica.

Os esclarecimentos de Streck (2007) são fundamentais para a compreensão da proposta de Gadamer:

Essa faticidade e historicidade é o lócus da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer interpretação. Dizendo de um modo mais simples: só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*), que já une todas as partes (textos) do 'sistema'... A pergunta pelo sentido do texto é uma pergunta pelo modo como esse sentido se dá, qual seja, através do intérprete, inserido na tradição, que compreende esse sentido. Não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que intérprete tem (no caso que para o Direito mais interessa, da Constituição) (p. 216).

A linguagem passa a ser *condição de possibilidade da manifestação de sentido*, e ser que pode ser compreendido é linguagem. Portanto, “aquele que quer compreender deve estar vinculado com a coisa que se expressa na transmissão e ter ou alcançar uma determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala”. (GADAMER, 2003, p. 390)

5.2 OS LIMITES IMPOSTOS PELA FATICIDADE E HISTORICIDADE DO CASO CONCRETO

Como foi acima elucidado, os julgadores dos precedentes da Súmula 650 consideraram a situação abstrata dos aldeamentos extintos, criando regras gerais para excluí-los da proteção do art. 231 da CF/88. Desta feita, a partir do caso concreto do usucapião das terras situadas nos antigos aldeamentos de São Miguel e Guarulhos, conceberam uma regra geral de interpretação, segundo a qual a posse atual seria indispensável para a caracterização da ocupação tradicional.

Os julgadores, entretanto, pouco consideraram as especificidades do caso que lhes estava submetido para julgamento, constatando somente a extinção dos aldeamentos de São Miguel e Guarulhos, porém ignorando a forma da

desocupação, bem como a existência de povos indígenas que, não obstante a perda do território, mantiveram a unidade cultural preservada⁵⁹.

Cabe-nos dentro da proposta metodológica que se optou neste estudo buscar compreender a “pre-sença” dos povos que habitavam os aldeamentos de São Miguel e Guarulhos, buscando responder⁶⁰ as seguintes indagações: 1- Quem eram os habitantes indígenas dos aldeamentos extintos e de que forma se relacionavam com o seu território? 2- Quando e como se deu a desocupação dos aldeamentos? 3- Os povos indígenas que habitavam a região foram extintos juntamente com os aldeamentos?

5.2.1 Os índios Guaianases de Piratininga

Inicialmente, há de se ressaltar que todo o território paulista que recebeu as primeiras presenças européias encontrava-se povoado, desde muito, por tribos de línguas e culturas diversas (PETRONE, 1995).

O aldeamento de São Miguel teria sido fundado com populações de Tupiniquis, mais precisamente dos grupos denominados Guaianá ou Guaianases que habitavam as cercanias de São Paulo (MARCHIORO, 2006)

Têm-se notícias de que os primeiros colonos europeus que transpuseram a serra de onde se avista o mar e se estabeleceram nos campos corridos do Tietê encontraram na região os índios geralmente conhecidos pelo nome de Guaianases ou Guaianá. Estes povos eram coletores e nômades, vivendo nas áreas da Serra do Mar e regiões próximas ao litoral norte paulista. Andavam em pequenos grupos, fazendo acampamentos provisórios e alimentando-se de frutas, sobretudo do pinhão, além de caça e mariscos (ABREU, 1998, p. 20)

Usavam redes confeccionadas com casca de árvores e costumavam raspar, no alto da cabeça, uma espécie de coroa. Sempre resistiram ao aldeamento

⁵⁹ Note-se que em decisões anteriores da Corte Constitucional, esta se posicionou majoritariamente pela necessidade de produção de provas que indiquem a forma de desocupação do território, bem como a relação dos povos indígenas com suas terras. A interpretação segundo o conceito de posse civil foi afastada. Vide item 3.1 e seus subitens.

⁶⁰ No presente trabalho, as respostas serão limitadas aos estudos realizados em publicações sobre os povos indígenas envolvidos. Todavia, a proposta em questão é que os povos envolvidos na lide sejam vistos como sujeitos do processo, considerando-se a sua história e trajetória cultural. Tais elementos chegarão ao julgador por meio de laudos antropológicos, documentos, depoimentos e demais meios de prova em direito admitidos, porém, dando-se relevância à participação ativa dos povos indígenas na construção das provas.

missionário, apesar de muitos terem sido levados como escravos para São Paulo (Idem).

Relatos constantes nos documentos intitulados *Vida de João de Almeida* (apud Prezias et al, 2001, p.25), acerca da atuação do confrade Manoel Viegas na conversão dos índios da região, reforçam as informações acima:

andava atrás deles pelos matos, capões e praias todo em seu remédio; mas como estes Maramumis não se aquietam em seu lugar, e seu viver é sempre pelos matos à caça, ao mel e às frutas, dificultava isto muito a esperança de sua conversão. Ele contudo a todos resistia...e assim aos poucos foi domesticado, e fez fazer assento em um lugar e aldeia que até hoje habitam juntos, é a aldeia a que chamam Nossa Senhora da Conceição.

Segundo Plínio Ayrosa (Apud PETRONE, 1995, p. 31), o grupo *tupiniquim*, que o autor considera sob a tradicional denominação de Guaianá, por sua vez se comporia de três frações: a dos Guaianá propriamente ditos, que ocupariam a porção central da Baixada Santista, desde o litoral até o sertão, passado pela zona onde surgiram Santo André e São Paulo; a dos Guaianá-Tupinaqui, disposta ao sul, até a zona de Cananéia e, finalmente, a dos Guaianá-Muiramoni, pelo Vale do Paraíba e faixa litorânea até a zona de Ubatuba.

Ainda segundo PETRONE, esses grupos deviam ocupar amplos espaços, com densidades de população relativamente baixas. As atividades pelas quais garantiam sua subsistência eram variadas, normalmente englobando a agricultura praticada sob a forma itinerante (coivara), além da caça e da pesca. Essas atividades eram completadas pela prática da coleta ou catança. Em consequência das atividades desenvolvidas, sua área de subsistência deveria ser necessariamente ampla.

No mapa etno-histórico de Curt Nimuendajú (1987) os Guainá aparecem como Guayanã na região de São Paulo próximo ao Rio Paranapanema. Estão identificados pela letra fina, que se remete às tribos extintas.

5.2.2 Os índios Guarulho

O aldeamento de Guarulhos, apesar da ausência de documentação precisa sobre sua fundação, deve ter sido criado na década de 1580, tendo a inauguração oficial em 1595 (PETRONE, 1995, P.119). O aldeamento estaria ligado aos habitantes das áreas vizinhas, dado que seu nome indicaria uma das unidades tribais ali existentes, qual seja, os Guarulho. Entretanto, nenhum conhecimento preciso existe sobre os Guarulho (Idem, p. 130).

O que parece estar fora de dúvida é que o aldeamento de Guarulhos se originou com a reunião de indígenas Guarumimim ou Marumimim⁶¹. O fato pode ser percebido por intermédio da transformação do nome do grupo verificada no século XVII. Assim é que em 1623, poucas décadas depois da criação do aldeamento, fala-se em “gentio de pás guaramis”, como referência ao aldeamento (Idem).

Os indígenas aldeados em Guarulhos constituíam um grupo diferenciado daqueles que predominavam no campo de Piratininga, o que explica as inúmeras referências à nação; por outro lado, compreende-se que Guarulho, Guaramimi ou Maramimi constituem o mesmo grupo, ou a mesma nação (Idem).

Têm-se, ainda, informações que os Guarulho ocupavam as regiões montanhosas da Serra da Mantiqueira, numa área que ia de Atibaia, em São Paulo, até o Rio de Janeiro. Em suas andanças em busca de mariscos, chegaram até o litoral. Não praticavam a agricultura, pois eram coletores. Viviam em pequenos grupos, deslocando-se de acordo com a estação das frutas e morando em abrigos provisórios chamados de *tapuis*. Há registros de muita resistência quanto ao aldeamento desses povos. Os poucos que foram levados para a missão fugiram, pois não se acostumaram com uma vida sedentária. Não obstante tais características, os paulistas tentaram escravizar os índios. Porém, com o abandono da missão, esta se transformou em uma vila portuguesa, sendo hoje a cidade de Guarulhos (ABREU, 1998, p. 19).

No mapa etno-histórico de Curt Nimuendajú (1982) não há referências aos Guarulho.

⁶¹ A respeito desses povos, cf. Egon Schaden, “Os primitivos habitantes do território paulista”, in *Revista de História*, ano V, nº 18; Plínio Ayrosa, *Os Primitivos Habitantes de São Paulo*, Conferência do Club A. Bandeirante, nº 4, São Paulo, 15 de fevereiro de 1934.

5.2.3 Os aldeamentos de São Miguel e Guarulhos

A formação dos aldeamentos indígenas em São Paulo constitui-se como um importante elemento do povoamento europeu da região.

Os aldeamentos de São Miguel e Guarulhos foram estabelecidos a partir de uma concessão real de terra em 1580 e oficialmente extintos em 1850 (HOLSTON, 1991). A formação de desses, com a conseqüente sedentarização dos indígenas que para ali eram atraídos ou capturados, fazia parte de um “ensino civilizatório” que, encoberto pelo manto da cristianização, buscava delimitar os territórios indígenas às áreas compreendidas pelo aldeamento, bem como promover a aculturação desses povos que, uma vez assimilados pela comunidade nacional, perderiam a proteção de suas terras.

O destino dos aldeamentos de São Miguel e Guarulhos foi o mesmo de vários outros que foram transformados em vilas e povoações indistintas das demais existentes na colônia. Tudo com o intuito de retirar-lhes suas terras e sua liberdade. Note-se que, como foi aludido no item 4.1 deste estudo, as perdas ocorreram, surpreendentemente sob cobertura da lei.

A escravização dos índios cristianizados e o esbulho de suas terras, conforme se esclareceu no item 4.1, foi uma dissimulação jurídica. O governo local arrogou a si o controle sobre suas atividades seculares e depois criou ambigüidades jurídicas e complicações processuais com relação às responsabilidades sobre o trabalho coletivo, complicações e ambigüidades que acabaram permitindo a efetiva servidão dos indígenas. Motivado pelo ouro, pela ganância e pela expansão, o governo também usurpou terras indígenas por meio da legalização de atos ilegais. Primeiro vieram os confiscos generalizados de terras. Depois, no começo do século XVII, o governo local cedeu sesmarias legalmente a colonizadores, que incluíam ilegalmente terras indígenas. Apesar dessa contradição, estavam assim regularizadas as concessões irregulares (HOLSTON, 1991).

Não obstante o reconhecimento legal do indigenato desde o Alvará Régio de 1ª de abril 1680, o estímulo conferido pelo Estado para a criação de aldeamentos de fato estava revestido do interesse em delimitar as terras indígenas, deixando de reconhecer as suas terras originais, para consagrar a proteção de limites de terras que eram concebidos artificialmente.

Ademais, os indígenas que eram reunidos nos aldeamentos tinham a sua cultura aniquilada, eis que eram forçados assimilar o modo de vida do colonizador. Desta maneira, o destino dos aldeamentos era inevitavelmente a extinção, o que muitas vezes também representava a extinção dos grupos indígenas que os compunham, seja pela morte cultural, seja pela morte física.

No caso em questão, não se tem notícias da sobrevivência dos povos Guaianases e Guarulho. Nos dados disponibilizados no sítio eletrônico da FUNAI⁶², tais grupos indígenas não possuem referência atual. Bem como, na bibliografia consultada, as informações são sobre a extinção de tais etnias.

Assim, tem-se no caso concreto que serviu de precedente para a Súmula 650 uma especificidade que não foi considerada pelos julgadores, mas que é fundamental para a compreensão da relação jurídica que se estabeleceu entre os que pleiteavam a legitimação do domínio das áreas compreendidas nos antigos aldeamentos extintos e a União Federal, que buscava o domínio da área em razão do art. 20, incisos I e XI da CF, qual seja, a relação não era composta por um terceiro pólo ativo, formado por indígenas interessados na legitimação de suas terras, com base no art. 231 e parágrafos da Constituição Federal.

A referida especificidade traz ao caso concreto uma simplicidade que não pode ser generalizada, pois apesar da legalização do ilegal que marcou a ocupação das terras indígenas, a situação que se colocou para Judiciário revelou que o foco do conflito não mais estava na disputa pela terra indígena, pois tais grupos haviam sido extintos, mas na disputa entre aqueles que ocupavam supostamente de boa-fé as terras que pretendiam usucapir. O conflito que se submeteu ao julgamento do Supremo Tribunal Federal estava relacionado com a política urbana brasileira, devendo ser analisado sob o enfoque dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal.

Desta feita, fica claro que o Enunciado da Súmula 650 que preceitua que *“Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em tempos remotos”*, foi redigido de forma equivocada, pois não considera as especificidades do caso concreto em que se deu a tomada de decisão, aplicando indefinidamente a todos os aldeamentos extintos a regra geral de exclusão dos incisos I e XI do art. 20 da

⁶² http://www.funai.gov.br/mapas/mapa_etnia.htm, acessado em 03/10/2007

Constituição Federal, quando se deve limitar às situações nas quais os povos indígenas que habitavam tal região foram extintos, não podendo figurar como pólo ativo/passivo, ou terceiro interessado, na relação jurídica posta sob análise do intérprete.

5.2.4 As identidades indígenas emergentes

A faticidade e a historicidade do caso concreto limitam a aplicação da Súmula 650 aos casos em que o povo que habitava a região de antigos aldeamentos foi extinto, e sugere que o seu enunciado foi elaborado de forma equivocada.

Não se pode, entretanto, deixar de considerar que o advento da Constituição de 1988, inaugurando o Estado Democrático de Direito e uma maior proteção e resgate da cultura indígena, aumentou significativamente o número de populações que passaram a reivindicar pública e oficialmente a condição de índios no Brasil. Tal fato é compreensível diante da política colonizatória aplicada ao Brasil, amplamente discutida neste estudo, marcada pela aculturação e espoliações territoriais.

Segundo informações obtidas no site do Instituto Sócio-Ambiental (ISA)⁶³, trata-se de famílias que, miscigenadas e territorialmente espoliadas, deslocadas e concentradas ao longo do tempo, reencontram, no presente, contextos históricos e políticos favoráveis à retomada das identidades coletivas indígenas (um povo, um nome).

O referido processo também acontece em outros Estados Contemporâneos, como Bolívia e Índia. No Brasil está sendo amplamente influenciado pelo reestudo de histórias regionais, maior reconhecimento e proteção dos direitos indígenas e fortalecimento das organizações indígenas e de apoio aos índios.

Ainda segundo informações obtidas no site do ISA, três elementos podem ser apontados como característicos do fenômeno das identidades emergentes: 1º) aparecem quase sempre em conexão com pleitos territoriais; 2º)

⁶³ <http://www.socioambiental.org/pib/portugues/quonqua/quemsao/idemerg.shtm>. Acesso em 02/10/2007

resulta de processos complexos históricos regionais de relacionamento de índios e não-índios; e 3º) os povos que adotam essas identidades manifestam uma baixa distinção em relação às populações não indígenas das regiões onde vivem.

O fenômeno trouxe ainda mais complexidade para a questão indígena brasileira e é resultante da política adotada pelo país durante quase dois séculos. Assim, a sua compreensão pelas instituições encarregadas de aplicar o direito fatalmente será marcada pelo preconceito e pela tradição jurídica que entende que índios assimilados pela comunidade nacional deixam de ser índios. Porém a referida pré-compreensão não poderá ser ignorada pelo intérprete.

Pela complexidade das relações envolvidas, os conflitos oriundos do fenômeno das identidades indígenas emergentes também não poderão ser abrangidos pela Súmula 650 do STF.

5.3 CONVENÇÃO 169 - OIT E ORIENTAÇÕES DA AGENDA 21

A Súmula 650 do STF deve, enquanto não for revogada, ter o seus limites de aplicação aos casos específicos a que ela tenha relação. A orientação é, ainda, reforçada pelos princípios preconizados no artigo 14, itens 1, 2 e 3 da Convenção 169 da OIT, que versa sobre direitos dos povos indígenas e tribais e pelas orientações contida na Agenda 21 (ONU/Rio-1992).

Inicialmente, cumpre destacar que a noção de princípio jurídico conhece atualmente notável desenvolvimento, sendo hoje reconhecido quase unanimemente pelos autores como situados no mais elevado nível hierárquico do ordenamento jurídico.

Os princípios são normas e não meras diretrizes programáticas ou ideais políticos.

Entende-se, então, que os preceitos contidos na Convenção da OIT 169, bem como na Agenda 21, nada mais são do que princípios consagrados internacionalmente, que devem ser considerados na aplicação do direito ao caso concreto.

A Súmula 650 do STF, bem como os argumentos constantes nas decisões que a conformaram, não podem ser interpretados em contrariedade aos princípios consagrados na Convenção 169-OIT, bem como às orientações contidas na Agenda 21. Assim, o enunciado sumular não pode ser apostado às situações

concretas nas quais as conseqüências da aplicação impliquem em violações dos mencionados princípios.

O artigo 14 a Convenção 169 da OIT preconiza:

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.
2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.
3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Desta maneira, o jurista deverá considerar o caso concreto para aplicar a Súmula 650, principalmente considerando que em determinadas situações os povos indígenas foram expropriados de suas terras, estando pleiteando após anos de esbulho o retorno aos seus territórios tradicionais. Ou seja, a Súmula 650 não se aplica às situações em que a posse não é atual por razões históricas definidas e marcadas pela política de colonização brasileira. Neste ponto, válida é a crítica feita aos argumentos dos Ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim, de que a ocupação tradicional exige a posse atual das terras pelos índios, pois tal posicionamento é contrário ao item 1 do art. 14 da Convenção 169 – OIT, sobretudo diante da necessidade de avaliação da situação concreta que ocasionou o fim da atualidade da posse.

O entendimento desvirtuado pela abstração da Súmula certamente irá contrariar os princípios protetivos dos direitos indígenas consagrados na Constituição de 1988, posto que legitima o esbulho e a violência que marcaram o processo de colonização do território brasileiro.

A diversidade étnico-cultural dos povos indígenas deve ser respeitada em todas as suas dimensões e a posse territorial para os índios não possui o mesmo conceito da posse civil. Desta feita, existem diversas situações nas quais os índios, mesmo fixados em outros territórios, como em aldeamentos, por exemplo,

mantêm suas relações com a terra originária, por meio de seus cultos e crenças, ou mesmo pela esperança na retomada do território. Em tais casos, não há como se falar que as terras deixaram de ser tradicionais, em razão da ausência de posse direta, pois para os indígenas a posse é contínua, mesmo após a sua expulsão.

Assim, a pré-compreensão do sentido de posse e o seu significado para os indígenas, sujeitos do processo de cognição, se fazem indispensáveis na tomada de decisões que envolvam disputas para o reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas. Fica, mais uma vez, afastada a aplicação da Súmula 650.

A Agenda 21 em seu art. 26.1 preconiza que as populações indígenas e suas comunidades devem desfrutar dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em sua integralidade, sem impedimentos ou discriminações. Impõe esforços nacionais e internacionais para fortalecer o papel desses povos para a implementação de um desenvolvimento ambiental saudável e sustentável.

Neste diapasão, a Agenda 21, em seu artigo 26.3, prevê que as terras das populações indígenas e suas comunidades devem ser protegidas contra atividades ambientalmente insalubres ou consideradas inadequadas social e culturalmente pela comunidade indígena, determinando, ainda, o reconhecimento aos índios de seus valores, seus conhecimentos tradicionais e suas práticas de manejo de recursos.

Desta forma, fica reforçado o posicionamento que a aplicação da Súmula 650 deve ser restrita aos casos idênticos aos seus precedentes. A aplicação do enunciado a outras hipóteses contraria os princípios de direito humano consagrados na Convenção 169 – OIT e as orientações contidas na Agenda 21 (ONU/Rio 1992).

5.4 LIMITES IMPOSTOS PELAS DEMAIS INTERPRETAÇÕES DO STF ACERCA DO TERMO “TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS”

A aplicação dos argumentos da Súmula 650 indiscriminadamente a todos os casos que envolvem aldeamentos extintos contraria as demais interpretações do STF do alcance das terras tradicionalmente ocupadas, bem como dos requisitos definidos para sua identificação.

Verificou-se no capítulo 3 deste trabalho que, na análise das decisões selecionadas, o STF, em que pese os votos divergentes e as críticas que podem ser feitas aos argumentos apresentados nos julgamentos, entendeu que a identificação das terras tradicionalmente ocupadas por índios perpassa pela identificação da imemorialidade da posse, exigindo para tanto a ampla produção de provas que identifiquem a área demarcada como “*habitat*” do povo indígena envolvido na lide.

O STF afastou-se do conceito civil de posse indígena para conceber um conceito de posse indígena no qual a atualidade da posse pode ser secundária, dependendo da forma de desocupação e de provas que demonstrem cabalmente a ocupação tradicional.

Neste sentido, entende-se que a interpretação da Corte nos caso em destaque para o termo “terras tradicionalmente ocupadas” abarca terras de posse atual, mas também áreas das quais os indígenas foram retirados compulsoriamente, permitindo, portanto, a restituição de terras tradicionais, independentemente do lapso temporal entre a retirada e o reconhecimento.

Ressalto que mesmo no voto do Ministro Cordeiro Guerra, posicionando-se pela necessidade de ocupação atual para o reconhecimento das terras indígenas, ficaram excetuados os casos em que ficar comprovada a expulsão dos indígenas de suas terras mediante a força (vide p. 37/39), o que em nenhum momento se admitiu nos fundamentos da Súmula 650.

Desta feita, tal retração no entendimento do STF não posse ser concebida dentro da vigência da Carta Constitucional de 1988.

Notem que a CF/88 foi concebida em um contexto de redemocratização, consagrando-se o pluralismo e a proteção das minorias étnicas. Assim, a Carta Constitucional não apenas reconheceu o direito indígena às suas terras, mas consagrou a diversidade cultural, impondo a autonomia dos povos

indígenas e a atuação do Estado para a garantia de sua reprodução física e cultural (art. 231 e parágrafos e art. 232 da CF/88).

Por outro lado, o artigo 231, § 2º da CF/88 reconheceu os direitos indígenas como originários, consagrando uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato como fonte primária e congênita da posse territorial, quando 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” (SILVA, 1993).

Reconhecendo-se que foi consagrada na Constituição Federal uma relação jurídica fundada no indigenato, a simples ocupação ou posse jamais poderá ser considerada um requisito para o reconhecimento dos direitos indígenas sobre suas terras, vez que “o *indigenato* é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título *adquirido*. O *indigenato* é legítimo por si” (SILVA, 1993, p.48).

Conclui-se, então, que as regras do Direito Civil não podem ser aplicadas para a relação entre os indígenas e suas terras. Segundo José Afonso da Silva (1993, p. 49):

Sua posse (indígena) extrapola da órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de sua habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de limitação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exame, porque nele se consagra a idéia de permanência, essencial à relação do índios com as terras que habita.

A interpretação dos §§ 1º e 2º do art. 231⁶⁴ não pode ser restrita à simples posse regulada pelo direito civil, como poder de fato sobre a coisa. Assim, a Constituição quando considera as terras habitadas, o faz segundo usos, costumes e tradições dos índios.

Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas se destinam a sua *posse permanente* (art. 231, § 2º) não significa um

⁶⁴ “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

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

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

pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas uma garantia para o futuro (SILVA, 1993).

6 CONCLUSÕES

Com o presente estudo foi possível observar que os fundamentos liberal-individualistas apresentados nos precedentes que conformaram a Súmula 650 são insuficientes para solucionar conflitos que emergiram com o Estado Democrático de Direito, especialmente no que tange aos direitos indígenas sobre os territórios tradicionalmente ocupados.

Desta maneira, a interpretação uniformizada por meio da referida Súmula, ao contrário do que pretende o seu Enunciado, não pode ser abstratamente inferida e aplicada a todos os casos que envolvam aldeamentos extintos, sob pena de se contrariar a Constituição Federal de 1988, que reconheceu o direito indígena à posse permanente conjugado com o reconhecimento da autonomia dos povos indígenas e da necessidade do Estado garantir sua reprodução física e cultural.

A incidência do enunciado em situações diversas, com o entendimento de que se faz necessária a posse atual indígena para a caracterização da ocupação tradicional, de que tratam o artigo 231 e parágrafos e os incisos I e XI da CF/88, sem considerar a concretude e complexidades das relações em conflito, ignora a faticidade e historicidade da lide posta à análise do Judiciário, contrariando os novos paradigmas do Direito surgidos com o Estado Democrático. Além disso, o mencionado entendimento vai de encontro às demais interpretações do STF sobre o termo “terras tradicionalmente ocupadas”, que não foram alcançadas pelo conteúdo da Súmula, violando, por fim, os princípios de direitos humanos consagrados na Convenção 169 da OIT e orientações contidas na Agenda 21 (ONU/Rio 1992).

Pela análise das decisões no item 3 deste estudo, verificou-se que o entendimento do STF, em que pese os votos divergentes e as críticas feitas aos julgamentos, foi no sentido de se considerar na identificação das terras tradicionalmente ocupadas a imemorialidade da posse indígena, para tanto admitindo a produção ampla de provas que identifiquem a terra demarcada como “*habitat*” do povo que busca o reconhecimento.

Desta feita, o Tribunal afastou-se do conceito civil de posse para contemplar uma apreciação de posse indígena, na qual a atualidade pode ser secundária, diante de provas que comprovem a ocupação tradicional. Neste sentido,

mostrou-se aplicável o art. 231 da Constituição Federal não somente para o reconhecimento de áreas atualmente ocupadas por grupos indígenas, mas também para restituir terras tradicionais que delas foram retirados compulsoriamente, independentemente do lapso temporal entre a retirada e o reconhecimento, visto não ser possível a convalidação de títulos obtidos em terras de ocupação tradicional.

O Enunciado da Súmula 650, ademais, não pode ser aplicado a todas as situações que envolvam aldeamentos extintos sob pena de violação dos direitos humanos consagrados na Convenção 169 da OIT e orientações contidas na Agenda 21 (ONU/Rio 1992) que prevêm a necessidade do reconhecimento das terras das populações indígenas, mas também dos valores, conhecimentos tradicionais e de suas práticas de manejo de recurso.

Assim, os argumentos utilizados nos julgados que conformaram a Súmula 650 somente se aplicam aos casos idênticos aos precedentes, ou seja, ações de usucapião de terras que se localizam em áreas de antigos aldeamentos extintos, desde que também extintos os povos que habitaram tradicionalmente tais territórios. Exclui-se, ainda, da aplicação do enunciado da Súmula 650 as lides em que identidades indígenas emergentes pleiteiem o retorno aos seus territórios tradicionais.

Há de se ressaltar a importância da restrição interpretativa apontada diante dos efeitos processuais da Súmula 650 no juízo de admissibilidade dos recursos (art. 577, 518, §1º do CPC e art. 22, §1º do Regimento interno do STF), que limitam a rediscussão da matéria no STF e Tribunais locais.

Por outro lado, podemos considerar que, não obstante o caráter não vinculante da referida Súmula, estamos diante de forma indireta de criação de normas gerais, pois se trata uma produção de definições explicativas que influenciam a prática diária dos juristas. Se normativamente a Súmula não vincula os juízes, produzindo somente efeitos *interna corporis* e uniformizando as decisões dos órgãos dos quais emana, de fato extrapola tal limite, influenciando os Tribunais locais e a atitude dos advogados, procuradores, promotores, juízes, pois é dotada de um poder de violência simbólica, funcionando como um mecanismo de controle por intermédio do discurso jurídico dominante dos Tribunais Superiores.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, J. Capistrano de. **Caminhos antigos e povoamento do Brasil**. São Paulo: Editora Itatiaia Limitada e Editora da Universidade de São Paulo, 1988.

ALBERT, Bruce. **URIHI: terra, economia e saúde Yanomami**. Brasília: ORSTOM – Universidade de Brasília, 1992.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. Geopolítica da mestiçagem. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo: CEBRAP, v. 11, 1985, p. 49-63.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os direitos do índios: ensaios e documentos**. Brasília: Editora Brasiliense, 1987.

CITTADINO, *Gisele*. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1999.

COSTA, José da Costa. Usucapião: doutrina e jurisprudência. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 143, jul/set 1999. p. 321-334.

DAHL, Robert A.. **La democracia y sus críticos**. Tradução de Leandro Wolfson. 2. ed.. Barcelona: Paidós, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, T. S.. **Introdução ao estudo de Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5. ed. Petrópolis-RJ, 2003.

HOLSTON, James. **Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil**. 1991. Disponível em http://anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_21/rbcs21_07.htm. Acesso em 29/08/2007.

KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Victor Nunes. Passado e Futuro na Súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, v. 145, p. 1-20, jul./set. 1981.

LINHARES, Lucy Paixão. Ação discriminatória: terras indígenas como terras públicas. **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998, p. 125-151.

MARCHIORO, Márcio. Censos de índios na capitania de São Paulo (1798-1803). In 25ª REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA GOIÂNIA GO – 11 A 14 DE JUNHO DE 2006. **Anais...** Disponível em <http://www.ifch.unicamp.br/ihb/Textos/GT48Marcio.pdf>. Acesso em 29/08/2007

MENDES JUNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Edição Fac-similar, 1912.

MELATTI, Julio Cezar. **Índios do Brasil**. 5. ed. São Paulo-Brasília: Editora Hucitec/Editora Universidade de Brasília, 1987.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. **Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional**. Lisboa: Coimbra, 1995.

NIMUENDAJÚ, Curt. **Mapa etno-histórico de Curt Nimuendajú**. Rio de Janeiro: IBGE/Fundação Nacional Pró-memória, 1982 (1944).

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Redimensionando a questão indígena no Brasil: uma etnografia das terras indígenas. **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998a, p. 15-42.

_____. Terras indígenas, economia de mercado e desenvolvimento rural. **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998b, p. 43-68.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de; ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Demarcação e reafirmação étnica. **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998, p. 69-123.

PETRONE, Pasquale. **Aldeamentos Paulistas**. São Paulo: Edusp, 1995

PREZIA, Benedito et al. **Indígenas em São Paulo: ontem e hoje**. São Paulo: Paulinas, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição eo pluralismo na encruzilhada(l): a justiça constitucional como guardiã das minorias políticas. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 2**. São Paulo: DelRey, 2003 (jul./dez.), p. 79-131.

SANTOS FILHO, Roberto. Terras indígenas e a Súmula 650 do STF. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, nº. 75 jan/fev. 2006. p. 131-139.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. Os Direitos dos indígenas no Brasil. **A temática indígena na escola**. São Paulo: Global Editora, 2004.

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 45-50.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Hermenêutica e concretização da Constituição: as possibilidades transformadoras do Direito. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1**. São Paulo: DelRey, 2003 (jan./jun.)

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

TERENA, Marcos. Promoção dos Direitos indígenas: Brasil 500 anos. **Seminário Direitos Humanos no século XXI**. Rio de Janeiro: IPRI, 1998.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas. **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 9-43.

APÊNCICE A – RELAÇÃO DE ACÓRDÃOS SELECIONADOS

TIPO DE RECURSO	IDENTIFICAÇÃO STF	NO	DATA DO JULGAMENTO
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	RE-AgR	487684/ AM AMAZONAS	21/11/2006
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	RE-AgR	473420/ AM- AMAZONAS	10/10/2006
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	RE-AgR	472098/ AM- AMAZONAS	05/09/2006
Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	AI-AgR	437294/ SP- SÃO PAULO	21/02/2006
<i>Habeas Corpus</i>	HC	85547/ PA-PARÁ	13/12/2005
Questão de Ordem em Ação Cautelar	AC-QO	1005/ SP-SÃO PAULO	17/11/2005
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	RE-AgR	201649/ SP- SÃO PAULO	29/06/2005
Mandado de Segurança	MS	24045/ DF- DISTRITO FEDERAL	28/04/2005
Recurso em Mandado de Segurança	RMS	23462/ DF- DISTRITO FEDERAL	05/04/2005
Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	AI – AgR	307401/ SP – SÃO PAULO	05/04/2005
Recurso em Mandado de Segurança	RMS	24531/ DF – DISTRITO FEDERAL	05/04/2005
Embargo de Declaração no Recurso Extraordinário	RE-ED	416144/ MT – MATO GROSSO	14/12/2004
Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI-MC	3352/ DF- DISTRITO FEDERAL	02/12/2004
Mandado de Segurança	MS	21660/ DF – DISTRITO FEDERAL	09/09/2004
Agravo Regimental na Suspensão de Liminar	SL – AgR	38/ RR- RORAIMA	01/09/2004

TIPO DE RECURSO	IDENTIFICAÇÃO NO STF	DATA DO JULGAMENTO
Recurso em Mandado de Segurança	RMS 22913/ AM - AMAZONAS	23/03/2004
Mandado de Segurança	MS 24566/ DF DISTRITO FEDERAL	22/03/2004
Mandado de Segurança	MS 23862/ GO - GOIÁS	04/03/2004
Mandado de Segurança	MS 21891/ DF - DISTRITO FEDERAL	04/12/2003
Recurso em <i>Habeas Corpus</i>	RHC 83179/ PE - PERNAMBUCO	01/07/2003
Agravo Regimental na Ação Cível Originária	ACO – AgR 312/ BA - BAHIA	20/02/2003
<i>Habeas Corpus</i>	HC 81827/ MT – MATO GROSSO	28/05/2002
Recurso Extraordinário	RE 335887/ SP – SÃO PAULO	12/03/2002
Questão de Ordem na Ação Cível Originária	ACO-QO 312/ BA - BAHIA	27/02/2002
Mandado de Segurança	MS 21892/ MS- MATO GROSSO DO SUL	29/11/2001
<i>Habeas Corpus</i>	HC 80240/ RR - RORAIMA	20/06/2001
Recurso Extraordinário	RE 285098/ SP – SÃO PAULO	29/05/2001
Recurso Extraordinário	RE 270379/ MS – MATO GROSSO DO SUL	17/04/2001
Mandado de Segurança	MS 21649/ MS – MATO GROSSO DO SUL	01/06/2000
Agravo Regimental na Ação Cível Originária	ACO-AgR/ RS – RIO GRANDE DO SUL	10/05/2000
<i>Habeas Corpus</i>	HC 7950/ PA- PARÁ	16/12/1999

TIPO DE RECURSO	IDENTIFICAÇÃO NO STF	DATA DO JULGAMENTO
Questão de Ordem na Ação Cível Originária	ACO-QO 519/ MT – MATO GROSSO	02/09/1999
Recurso Extraordinário	RE 187163/ DF – DISTRITO FEDERAL	10/08/1999
Recurso Extraordinário	RE 219983/ SP – SÃO PAULO	08/12/1998
Recurso Extraordinário	RE 212251/ SP – SÃO PAULO	23/06/1998
Medida Cautelar no Recurso em Mandado de Segurança	RMS-MC 22913/ AM - AMAZONAS	11/11/1997
<i>Habeas Corpus</i>	HC 75404/ DF – DISTRITO FEDERAL	27/06/1997
Recurso Extraordinário	RE 197628/ SP – SÃO PAULO	25/03/1997
Recurso Extraordinário	RE 18188/MS – MATO GROSSO DO SUL	10/12/1996
Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 1512/ RR - RORAIMA	07/11/1996
Recurso em Mandado de Segurança	RMS 22021/ PA - PARÁ	18/04/1995
Recurso Extraordinário	RE 179485/ AM-AMAZONAS	06/12/1994
Mandado de Segurança	MS 21575/ MS – MATO GROSSO DO SUL	03/02/1994
Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI-MS 977/ PA - PARA	17/12/1993
Ação Cível Originária	ACO 323/ MG – MINAS GERAIS	14/10/1993
Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 710/ RR- RORAIMA	06/05/1992

TIPO DE RECURSO	IDENTIFICAÇÃO NO STF	DATA DO JULGAMENTO
Agravo de Instrumento	AI 125488/ MT – MATO GROSSO	16/11/1988
Mandado de Segurança	S 20751/ DF – DISTRITO FEDERAL	26/05/1988
Mandado de Segurança	MS 20722/ DF – DISTRITO FEDERAL	13/04/1988
Mandado de Segurança	MS 20723/ DF DISTRITO FEDERAL	10/02/1988
Ação Cível Originária	ACO 372/SP – SÃO PAULO	03/02/1988
Recurso em <i>Habeas Corpus</i>	RHC 65629/ PA - PARÁ	17/12/1987
Mandado de Segurança	MS 20575/ DF – DISTRITO FEDERAL	23/10/1986
Mandado de Segurança	MS 20556/ DF – DISTRITO FEDERAL	20/08/1986
Mandado de Segurança	MS 20515/ DF – DISTRITO FEDERAL	19/06/1986
Mandado de Segurança	MS 20548/ DF – DISTRITO FEDERAL	02/04/1986
Ação Cível Originária	ACO 297/MT – MATO GROSSO	02/05/1985
Ação Cível Originária	ACO 277/ DF – DISTRITO FEDERAL	25/10/1984
Agravo Regimental na Ação Cível Originária	ACO-AgR 330/ MS – MATO GROSSO DO SUL	11/10/1984
Representação	Rp 1100/ AM-AMAZONAS	15/03/1984
Conflito de Jurisdição	CJ 6391/ PA - PARÁ	16/06/1983
Ação Cível Originária	ACO 304/ MS – MATO GROSSO DO SUL	04/05/1983

TIPO DE RECURSO	IDENTIFICAÇÃO NO STF	DATA DO JULGAMENTO
Agravo Regimental na Ação Cível Originária	ACO-AgR 301/ MS – MATO GROSSO DO SUL	14/04/1983
Questão de Ordem na Ação Cível Originária	ACO- QO 275/	25/06/1980
Mandado de Segurança	MS 20235/	04/06/1980
Mandado de Segurança	MS 20234/ MT – MATO GROSSO	04/06/1980
Mandado de Segurança	MS 20215/ MT – MATO GROSSO	05/03/1980
Apelação Cível	ACi 9620/ MT – MATO GROSSO	27/03/1969
Mandado de Segurança	MS 16.443/ DF – DISTRITO FEDERAL	09/11/1967
Recurso Extraordinário	RE 44585/ MT- MATO GROSSO	30/08/1961
Ação Cível Originária	ACO 61/ MT – MATO GROSSO	22/05/1959