

# CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ALCANCE DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS E DE SUA REPERCUSSÃO NA ESFERA JURÍDICA DOS ATUAIS POSSUIDORES<sup>1</sup>

**Tiago Antunes de Aguiar** (Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE) em 2001. Juiz Federal da 18ª Vara – PE).

Sumário: 1- Introdução; 2 - Evolução constitucional dos direitos indígenas sobre terras; 3 – Fatores do conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios; 4 - Posse indígena: delimitação e caráter permanente; 5 - Indenização dos antigos possuidores das terras consideradas indígenas: possibilidade? 6 - Conclusão; 7 – Referências.

## 1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho procurará tratar de um tema que se afigura, talvez, como o de maior importância para as comunidades indígenas no Brasil, qual seja, o de sua relação com a terra, seu território, seu *habitat*. A questão da terra para o índio vai além da noção de propriedade individual do direito civil tradicional.

Como salienta Luiz Felipe Bruno Lobo:

A terra ocupada pelos índios adquire a configuração de território, posto que não se trata apenas de espaço físico limitado pelo solo, mas o espaço e todos os demais elementos necessários à manutenção e evolução de suas culturas, tais como a água, o subsolo, sua fauna e flora e demais riquezas hídricas e minerais que, de regra, não podem ser exploradas sem violar as atividades econômicas e culturais dos naturais e primários senhores da terra. Os territórios indígenas são verdadeiramente o suporte sobre o qual estão fundamentadas as sociedades tribais; é de direito que se faça respeitar seus aldeamentos, suas áreas de caça, pesca e plantio, cemitérios e locais místicos.<sup>2</sup>

Considerando a essencialidade da terra para a sobrevivência da comunidade indígena é que as Constituições da República Federativa do Brasil, a partir da de 1934, consagraram a garantia aos índios, inicialmente, à posse das terras por eles ocupadas de forma permanente e, posteriormente<sup>3</sup>, ao usufruto das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Entretanto, a definição e a delimitação das terras destinadas constitucionalmente ao usufruto exclusivo dos índios não são tarefa fácil, havendo discordâncias tanto na literatura jurídica, quanto nas orientações dos julgados pretoriais, sobre o alcance e significado, sobretudo, da expressão, consagrada na Constituição Federal de 1988, “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

Por outro lado, deve-se levar em conta as imensas conseqüências jurídicas do reconhecimento de tais terras por ato administrativo (mediante o processo administrativo de demarcação de responsabilidade conjunta da FUNAI e do Ministério da Justiça), na esfera jurídica das famílias brasileiras não índias que, por vezes, de boa-fé e até então, ocupavam e cultivavam terras por décadas com o consentimento e incentivo do Estado Brasileiro. Neste ponto, procurar-se-á discorrer sobre a possibilidade da indenização dos atuais ocupantes não-índios das terras em decorrência da perda do uso e fruição destas por ato do poder público.

---

<sup>1</sup> Artigo Publicado no Livro ESTUDANTES – CADERNO ACADÊMICO – Edição Comemorativa. Organizadores: Marcelo Caseb Continentino, Marcos André Couto Santos e André Melo Gomes Pereira. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007. ISBN 9788577920266. Páginas 275-300.

<sup>2</sup> LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito indigenista brasileiro*: subsídios à sua doutrina. São Paulo: Ltr, 1996, pp. 44-45.

<sup>3</sup> A partir da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

## 2- EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS INDÍGENAS SOBRE TERRAS

Ainda que alguns autores<sup>4</sup> aduzam que os direitos dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam remontariam ao alvará régio de 1º de abril de 1680, o qual reconhecia que *nas terras outorgadas a particulares seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas*; a primeira Constituição brasileira a tratar efetivamente do tema foi a de 1934. As Cartas políticas brasileiras anteriores silenciaram a respeito do tema, apesar de um dos projetos **não aprovados** da Constituição de 1891, sob o efeito da influência do positivismo de Augusto Comte, discorrer sobre a garantia da proteção às sociedades indígenas e a não-violação dos seus territórios.<sup>5</sup>

Para melhor elucidação do tratamento constitucional dada a questão das terras indígenas, passa-se a transcrever os dispositivos relativos ao tema constantes das Constituições Federais de 1934, 1937, 1946 e 1967, da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 e da Constituição de 1988:

### CONSTITUIÇÃO DE 1934

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

### CONSTITUIÇÃO DE 1937

Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

### CONSTITUIÇÃO DE 1946

Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

### CONSTITUIÇÃO DE 1967

Art. 186. É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes.

### EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 1, DE 1969

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 a extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

### CONSTITUIÇÃO DE 1988

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

---

<sup>4</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 856; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas. **Cartilha Jurídica do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, n. 20, novembro de 1996, p.5.

<sup>5</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. O direito Fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.43, n.170, abr./jun. 2006, p. 224.

imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

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

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

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

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

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

Verifica-se que desde a Constituição de 1934 até a de 1946 o constituinte assegurava a **posse** das terras em que os índios estivessem **permanentemente localizados**, chamados de silvícolas por influência da expressão consagrada por Clóvis Beviláqua no código Civil de 1916. A Constituição de 1967 ampliou o conceito para assegurar a posse permanente das terras que os índios habitam, trazendo, ainda que incipientemente, a idéia de *habitat*. A partir da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, consagra-se o direito aos índios do usufruto das terras que ocupam, ao mesmo tempo em que a Lei Maior institui a nulidade superveniente de todos os títulos que de alguma forma vão de encontro ao domínio, posse ou à ocupação de terras habitadas por estes, bem como preceitua a inexistência de direito a indenização contra a União ou FUNAI em decorrência de tal nulidade.

A Carta Constitucional de 1988, por sua vez, delinea de forma pormenorizada o que venha a ser a definição de terra tradicionalmente ocupada pelos índios, matéria que será objeto do próximo tópico deste trabalho, reafirmando a nulidade dos títulos que digam respeito a domínio, posse ou ocupação de tais terras e assegurando, tão-somente, o direito à indenização das benfeitorias aos possuidores de boa-fé.

### 3 – FATORES DO CONCEITO DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS

A busca do conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” talvez seja a maior problemática do direito indigenista. É certo que o território brasileiro e de toda a América foram povoados pelos denominados povos pré-colombianos, antes da chegada do branco europeu. Por outro lado, desde o tempo da colonização e governo da coroa portuguesa até a formação e continuação do Estado brasileiro, a expansão da dita “civilização branca” vem destruindo e expulsando os primeiros habitantes do Brasil das terras antes ocupadas de forma plena, restando poucos locais efetivamente ocupados pelos índios no país que possam ser considerados como territórios tradicionais de comunidades indígenas.

---

<sup>6</sup>BRASIL. Senado Federal. **Legislação indigenista**: dispositivos constitucionais, atos internacionais, legislação, normas correlatas. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal, 1999, pp. 10-13.

Dessa forma, quais os locais no vasto território brasileiro poderiam ser classificados como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e qual seria o alcance de tal expressão são as grandes polêmicas de tal estudo, sobretudo considerando os efeitos jurídicos que tal definição causa na vida das populações não indígenas que habitam tais áreas na atualidade.

Segundo Luiz Armando Badin<sup>7</sup>, existem quatro fatores na definição de terra tradicionalmente ocupada pelos índios no artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, quais sejam: temporal, econômico, ecológico e cultural. O fator temporal determina que, via de regra, as terras onde se localizam as aldeias ou malocas dos índios devem ser **habitadas** em caráter **permanente**, assim, como determinavam as constituições anteriores, indicando a expressão posse permanente. O fator econômico indica que tais terras devem ser utilizadas pelos indígenas para suas atividades produtivas, sendo os locais necessários à subsistência, como campos de caça, pesca, coleta e cultivo, por exemplo. O fator ambiental ou ecológico significa que as terras devem ser imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários ao bem-estar dos índios e o cultural deve ser entendido no sentido de que todo espaço de terra necessário e utilizado para a reprodução física e cultural da comunidade indígena integra o conceito de terra tradicional, a exemplo de locais onde haja cemitérios, locais religiosos e os destinados a rituais ou a manifestações culturais.

Ressalte-se, inclusive, que, em alguns julgados, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que para a configuração de tal definição é necessária a presença **cumulativa** dos fatores acima citados (temporal, econômico, ecológico e cultural). É o caso do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 1512-5/RR, onde se questionava a constitucionalidade de leis do Estado de Roraima que criaram municípios em áreas supostamente integrantes das reservas indígenas “São Marcos” e “Raposa Serra do Sol”. Apesar do pretório excelso não conhecer do mérito da ação, por entender que para a solução da lide seria necessário uma apuração de um estado de fato concreto, o Ministro Relator Maurício Corrêa, teve a oportunidade de ressaltar:

A teor do § 1º do artigo 231 da Carta Política são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, aquelas que reúnam os seguintes elementos, isto é, que sejam: a) **habitadas em caráter permanente pelos índios; b) por eles utilizadas em suas atividades produtivas; c) imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar e d) as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.**

Para que se encaixe a pretensão contida nesse preceito é **indispensável que todos esses elementos se congreguem em um mesmo sentido** para que essa tradicionalidade se realize, de tal sorte que, faltando um deles, perde-se a completitude para a formação do núcleo do conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, ordenado pelo parágrafo 6º, do artigo 231, da Constituição Federal.<sup>8</sup>

Da mesma forma, no julgamento da questão de ordem em ação cível originária n.º 312-1/BA, onde se encontra pendente a análise de nulidade de títulos particulares de domínio em área alegada pela FUNAI como indígena, o Ministro Nelson Jobim registra a necessidade da presença de todos esses requisitos para a configuração do conceito de terra indígena:

O conceito de terra indígena, no Brasil, é integrado de quatro universos que se interpenetram e se complementam.

---

<sup>7</sup> BADIN, Luiz Armando. Sobre o conceito constitucional de terra indígena. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, ano 51, n. 190, jul./dez. 2006, p. 133-134. Disponível na internet. <http://www.justica.gov.br>. Acesso em 21.03.2007.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1512-5/RR. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Governador do Estado de Roraima e Assembléia Legislativa do Estado de Roraima. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 7 de novembro de 1996. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/juris.asp>. Acesso em 23.03.2007.

Há – a imagem parece boa – quatro CÍRCULOS concêntricos, que se completam.

O primeiro CÍRCULO, a “HABITAÇÃO PERMANENTE”. Este é o CÍRCULO menor e com índice de objetividade maior.

Depende de uma verificação *in loco* e de uma análise dos costumes, ou seja, uma análise de comportamento para explicitar o caráter de permanência da habitação.

Isto significa, por exemplo, que, dependendo do tipo de cultura indígena, se terá uma habitação permanente em mais de um lugar.

Basta que aquela comunidade indígena cultive o sistema de transferência, de transposição ou de deslocamento, em determinados momentos do tempo, para voltar a um determinado lugar.

Essa situação viabiliza a existência de habitação permanente em dois, ou mais, locais distintos, exatamente em decorrência de tradições ou por influências de questões relativas a clima e atividades produtivas.

A esse elemento se agrega o segundo “CÍRCULO”: **AS TERRAS “UTILIZADAS PARA... ATIVIDADES PRODUTIVAS”**.

Este CÍRCULO 2 depende da verificação e existência real e efetiva do CÍRCULO 1.

Aliás, há uma relação de dependência entre os CÍRCULOS, os primeiros são condicionantes dos subseqüentes.(...)

Mas a Constituição brasileira, no conceito de terras tradicionalmente ocupadas, não se satisfaz com os dois CÍRCULOS referidos. Ela instituiu, também, o CÍRCULO 3, que se constitui nas áreas “... IMPRESCINDÍVEIS À PRESERVAÇÃO DOS RECURSOS AMBIENTAIS NECESSÁRIOS A SEU BEM ESTAR...” (...)

Por último, chega-se no CÍRCULO 4: “... TERRAS... NECESSÁRIAS À... REPRODUÇÃO FÍSICA E CULTURAL SEGUNDO... USOS COSTUMES E TRADIÇÕES DO GRUPO INDÍGENA”.

Tal como se passa com os demais, este último CÍRCULO depende dos CÍRCULOS anteriores e sua perquirição se fará após os anteriores.<sup>9</sup>

#### 4 - POSSE INDÍGENA: DELIMITAÇÃO E CARÁTER PERMANENTE

Mesmo considerando a relação intrínseca entre os quatro fatores citados para a definição das terras indígenas, o fator temporal é o que provoca maiores discussões doutrinárias, sendo certo que a expressão, contida no artigo 231, §1º, da CRFB de 1988, “terras habitadas em caráter permanente” traz as problemáticas da delimitação do conceito de posse indígena e da necessidade ou não da atualidade ou permanência da posse.

A posse indígena fundamenta-se na tradicionalidade de sua ocupação, ou seja, nos usos, costumes das comunidades para com determinado território. Não se confunde com a mera posse civil, no sentido de um poder de fato exercido sobre o imóvel ou do exercício de poderes inerentes ao direito de propriedade.

A configuração de posse indígena passa pela idéia antropológica de *habitat*, tendo a própria Constituição Federal de 1988 se referido que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são as por eles **habitadas**. A noção de *habitat*, por sua vez, envolve a conotação que de que a posse indígena não diz respeito apenas ao local onde está localizada a aldeia e as malocas dos índios, mas a todo o local onde ele retira sua subsistência e exerce sua relação com o meio ambiente e com suas manifestações culturais.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem em ação cível originária n. 312-1/BA. Autora: FUNAI. Réus: Ananias Monteiro da Costa e outros. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 27 de fevereiro de 2002. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>. Acesso em 23.03.2007.

O então Ministro Victor Nunes Leal foi o expoente dessa idéia no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 44585/MT, em 30/08/1961, onde se discutia a tese, ao final perdedora, da possibilidade de redução de reserva indígena por lei do Estado do Mato Grosso. Pelo caráter elucidativo de seu voto, passa-se a transcrever parte deste:

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 aos Índios, pois estes não têm disponibilidade de terras. O objetivo da Constituição Federal é que ali permanecem os traços culturais dos antigos habitantes, não só para a 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 do habitat de um povo. Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam 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 a reduzirá em outros dez, depois mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o território da aldeia, porque ali é que a “posse” estaria materializada nas malocas.<sup>10</sup> (destaques em negrito não são do original)

José Afonso da Silva<sup>11</sup>, na esteira do pensamento de João Mendes Júnior, além de defender a idéia do Ministro Victor Nunes Leal de que a posse da terra pelo indígena não pode ser encarada como a posse civil tradicional, porque não é uma simples ocupação para explorá-la, mas base de seu *habitat*, aduz que a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam, consagrou a instituição jurídica do *indigenato*. Tal construção jurídica consiste no desenvolvimento da tese de que os direitos dos índios sobre suas terras seriam congênitos, originários e não decorrentes de aquisição derivada da ocupação. No ordenamento jurídico pátrio, tal garantia teria sido outorgada para os indígenas desde o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, o qual firmara o princípio de que nas terras outorgadas aos particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.

Entretanto, conforme, escreveu Tourinho Neto<sup>12</sup>, o *indigenato* não foi respeitado pelo conquistador. Buscou-se, então, assegurar às comunidades indígenas as terras por elas ‘ocupadas’. Não se atentava mais para a apropriação congênita, e sim para a ocupação, primária ou adquirida.

Outro aspecto fundamental da posse indígena é a delimitação do que venha a ser entendido o seu caráter de **permanente**. O cerne da questão consiste em se definir se é necessário que a posse ou ocupação das terras pelos índios, para os fins da sua conceituação como indígena (ou terra tradicionalmente ocupada, nos termos da CRFB), seja **atual** (recente) ou bastaria o **modo** tradicional da comunidade indígena se relacionar com a terra, sendo a idéia de posse permanente apenas uma garantia futura para a preservação constante do território indígena.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 44585 – MT. Recorrente: Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Recorrido: Diretor da 5ª Inspeção Regional do Serviço de Proteção aos Índios. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Brasília, 30 de agosto de 1961. Disponível em <http://www.stf.gov.br/processos/>. Acesso em 21.03.2007.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pp. 856-857

<sup>12</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p.8.

Tal preocupação já era evidente desde a vigência do artigo 198 da Emenda Constitucional n. 1 de 1969. Por sua importância paradigmática, colaciona-se trecho do voto do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Cordeiro Guerra, proferido no julgamento do Mandado de Segurança n. 20.234-MG, em 4.6.1980, quando em vigor o referido dispositivo constitucional:

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

(...)

Diz-se o §1º do artigo 198:

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

**No meu entender, isso só pode 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 sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.”*

**Pressupõe efetiva ocupação das terras pelos silvícolas. De modo que, na espécie – há evidente, vários problemas bem ressaltados pelo eminente Relator – entendo que o possuidor legitimado por títulos recebidos do Estado, em priscas eras, não pode ser espoliado do fruto do seu trabalho sem indenização.** Quando o civilizado invade o território indígena e se estabelece pela força, nestes casos, se há de aplicar os §§ 1º e 2º do artigo 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 à atrofia do País, ou à inquietação rural, com resultados imprevisíveis.

De modo que, sem apreciar o merecimento da causa, não quero negar, e nem haveria como, que o Estado tem direito de criar reservas indígenas, mas o próprio Estatuto do Índio prevê que não pode fazê-lo abruptamente, sem pagamento, sem indenização dos titulares da terra, possuidores desse local.<sup>13</sup> (destaques em negrito não são do original)

José Afonso da Silva, filiando-se a segunda hipótese acima assinalada e em consonância com a idéia do indigenato, nega o elemento temporal do conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios:

*Terras tradicionalmente ocupadas* não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1º de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão *ocupadas tradicionalmente* não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles. (...)

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 20.234-3/MT. Impetrantes: Paulino Ferreira da Silva e outros e Agropecuária Serra Negra Ltda. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Cunha Peixoto. Brasília, 4 de junho de 1980. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>. Acesso em 21.03.2007.

*O tradicionalmente* refere-se, não a uma circunstância temporal, mas o *modo tradicional* de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições.(...)

Quando a Constituição diz que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua *posse permanente*, isso não significa um pressuposto passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, o sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, *para sempre*, ao seu *habitat*.<sup>14</sup>

Ana Maria D'Ávila Lopes e Karine Rodrigues Mattos reiteram parcialmente o posicionamento de José Afonso da Silva ao afirmarem que a expressão terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não significa ocupação imemorial, não tendo o Poder Constituinte objetivado dizer que essas terras seriam aquelas que são ocupadas pelos índios desde épocas tão longínquas que se perderam na memória. Entretanto, consideram as autoras indispensável à habitação em caráter permanente dessas comunidades nas aludidas terras, significando que deve ter havido uma ocupação efetiva.<sup>15</sup>

Luiz Armando Badin defende que o conceito de ocupação tradicional não está ligado necessariamente nem à posse física e atual da terra, nem remonta a tempos imemoriais. Aduz que a Constituição não fala nem em posse atual, nem em posse imemorial, sendo o termo utilizado o de ocupação tradicional. Conclui, o autor, que a expressão terras **tradicionalmente** ocupadas pelos índios dá a idéia tanto de tempo quanto de modo, no sentido de considerar-se a terra como parte da herança cultural de um povo, transmitida de pai para filho, sendo mais do que um poder de fato no sentido do Código Civil. Tal concepção tem importância para o reconhecimento de terras indígenas quando os índios tenham sido removidos à força de suas terras, pois aí não haveria posse física, imediata e atual, mas haveria ocupação tradicional.<sup>16</sup>

Sobre tal problemática, Alcir Gursen de Miranda discorre que a tradicionalidade da posse indígena exige a continuidade viva, não apenas histórica:

A tradicionalidade histórica não resiste a maior análise, sob pena de ver amanhã sustentada a pretensão de que todo o território brasileiro pertence aos índios. (...)

A tradicionalidade de continuidade viva pressupõe efetiva a ocupação das terras pelos indígenas, ou seja, somente nos casos em que as terras sejam efetivamente habitadas pelo índio. É o caráter permanente expresso na Constituição Federal, no §1º, do artigo 231. Se houver alguma interrupção, por determinado período, descaracteriza-se a tradicionalidade: mais do que um lustro, excessivo por uma centúria, ideal por geração.

O caráter permanente expresso na Constituição esclarece qualquer dúvida existente sobre o assunto.<sup>17</sup>

Já para o jurista Miguel Reale:

Tudo depende do entendimento a ser dado à expressão ocupação permanente, a qual tem sido largamente compreendida, a partir da afirmação de que se trata de gente nômade, acostumada a percorrer imensos territórios, o que nos conduz a exageros manifestos, confundindo-se ocupação permanente com ocupação eventual.

O legislador constituinte, apesar dos pesares, teve o cuidado de preservar aos índios as terras tradicionalmente 'por eles habitadas em caráter permanente' (artigo 231, § 1º, da Constituição), o que excluía atribuição de glebas

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pp. 855-858.

<sup>15</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. *Op. cit.*, p. 228.

<sup>16</sup> BADIN, Luiz Armando. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>17</sup> MIRANDA, Alcir Gursen de. **O direito e o índio**. Belém: CEJUP, 1994, p. 71.



imensas insuscetíveis de exercício e posse por algumas centenas ou milhares de silvícolas.

É óbvio que no texto constitucional está implícito o critério de proporcionalidade entre as áreas tradicionalmente ocupadas no passado e as que, no presente, os índios efetivamente habitam em caráter permanente, pois o adjetivo permanente é empregado prudentemente duas vezes, uma para qualificar a ocupação (§ 1º do citado artigo 231) e outra, a posse (§2º).<sup>18</sup>

A exigência de uma ocupação imemorial por parte do grupo indígena parece ser algo que a Constituição Federal de 1988 não exigiu. Porém, a necessidade de uma ocupação efetiva de caráter permanente que não remonte a um espaço de tempo longínquo é algo que parece evidente da vontade do Constituinte, a fim de preservar e garantir a subsistência das comunidades indígenas ainda existentes e que não perderam o seu vínculo com a terra.

Ainda que tenhamos a noção de que a posse indígena deve ser entendida a partir da relação desses povos com a terra, segundo suas tradições, usos e costumes, dentro da noção de que a posse ou ocupação é da comunidade indígena como um todo, é o seu *habitat*, englobando não só a área de posse física imediata (local de suas habitações, malocas), mas todo o território de onde a tribo retire sua subsistência (locais de caça, pesca, agricultura), além dos locais necessários para sua relação com o meio ambiente e para o exercício de suas atividades intelectuais e culturais (cemitérios, locais sagrados, locais onde realiza rituais culturais); é de ver-se ser necessária a comprovação de uma posse (considerada neste sentido) **recente**, atual. Não é razoável supor-se que todos os locais do território nacional em que houve ocupação por índios em algum momento, dos pouco mais de 500 (quinhentos) anos de colonização e consolidação do Brasil como Estado, deveriam ser devolvidos aos seus pretensos descendentes.

Como leciona Fernando Tourinho Neto: “Para identificar-se uma posse indígena, é preciso observar se há, ainda, na área, palpitante influência indígena, demonstrativa de que, há não muitos anos, os índios ali tinham o seu *habitat* – tradicionalmente a ocupavam – e que dali foram expulsos, à força ou não.”<sup>19</sup>

Em consonância com esta posição, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem exigindo a posse atual ou recente para a configuração da terra como indígena, tendo editado **a súmula 650**, na sessão plenária de 24/09/2003, a qual dispõe: “**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.**”

Ressalte-se, inclusive, que o STF vem reiterando tal posicionamento em julgados recentes<sup>20</sup>.

## 5 - INDENIZAÇÃO DOS ANTIGOS POSSUIDORES DAS TERRAS CONSIDERADAS INDÍGENAS: POSSIBILIDADE?

Uma vez delimitada certa área como indígena, dentro do conceito constitucional acima discorrido, surge uma consequência jurídica de fundamental importância: os ocupantes, muitas vezes possuidores de títulos dominiais por décadas nas gerações de suas famílias, têm direito à indenização pela supressão dos direitos ao uso e à fruição dos bens imóveis dos quais são retirados pelo poder público a fim de serem destinados à comunidade indígena?

<sup>18</sup> REALE, Miguel. **O mito do índio**. “O Estado de São Paulo”, edição de 28.6.1992. *apud* MIRANDA, Alcir Gursen de. *Op. cit.* pp. 73-74.

<sup>19</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *op. cit.*, p. 25.

<sup>20</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 437294/SP. Relatora Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 21/02/2006. DJ 24-03-2006, p. 46; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC-QO 1005/SP. Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 17/11/2005. DJ 09-12-2005, p. 6; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 307401/SP. Relator Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 05/04/2005. DJ 29-04-2005, p. 15. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>. Acesso em 21.03.2007.

A Constituição Federal de 1988, repetindo disposição constitucional presente a partir da Emenda Constitucional n.º 1 de 1967, reza, conforme consta expressamente do tópico n.º 2 deste artigo, que:

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

A questão é tratada por parte da literatura jurídica<sup>21</sup> e de alguns julgados<sup>22</sup> dos tribunais pátrios através de uma interpretação literal do mencionado dispositivo constitucional. Defende-se, de forma geral, a idéia de que como a terra declarada como tradicionalmente ocupada pelos índios é um bem público da União (art. 20, inciso XI da CRFB), sendo, portanto, **nulos** todos os títulos particulares de domínio relativos a esta terra, não poderia aquele ente federativo indenizar tais ocupantes pela perda de um direito de propriedade de que não eram titulares. Da mesma forma, alude-se a direitos originários, dentro da visão de João Mendes Júnior e José Afonso da Silva, na tese de que não se pode indenizar terceiros pelo esbulho das terras que pertenceriam aos índios<sup>23</sup>. Restaria, tão-somente, conforme alusão explícita do preceito constitucional, o direito à indenização pelas benfeitorias realizadas de boa-fé por aqueles.

Porém, é necessário um esforço hermenêutico para compatibilizar o §6º do artigo 231 da nossa Carta Política em vigor com as situações que surgem em cada caso concreto, sem que isso implique na supressão de direitos e garantias fundamentais de cidadãos brasileiros “não-índios”.

É evidente que desde a Constituição de 1934 até a atual Constituição Cidadã, buscou-se com maior ou menor intensidade garantir-se à sobrevivência e o resgate social da comunidade indígena, tendo em vista o reconhecimento do Estado Brasileiro da importância desta parte da nação, a qual foi subjugada, massacrada e excluída pelo Estado Português e pelo próprio Estado Brasileiro durante séculos. Tal constatação implica na noção clara de que toda a posse indígena recente no território brasileiro deve ser respeitada para garantir o *habitat* da população indígena remanescente, não sendo devida indenização àqueles que indevidamente usurparam e expulsaram os índios de suas terras, a partir de então.

Situação diversa é aquela que diz respeito a casos em que, em tempos remotos, indivíduos, muitas vezes incentivados pelo próprio Estado brasileiro, apropriaram-se de áreas utilizadas, até então, por indígenas, tendo sido, após, tais áreas transferidas para inúmeras outras pessoas, as quais têm nestas a sua moradia e a origem do seu sustento há muitas décadas. Nestes casos, a supressão do uso ou usufruto da terra não pode ser imposta, de forma indiscriminada, a todos os ocupantes, sem que o Estado garanta a recomposição patrimonial dos cidadãos brasileiros não-índios que não deram ensejo à retirada dos primeiros habitantes da terra brasileira.

---

<sup>21</sup> Cf. LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Op. cit.*, p. 53-56; LOPES, Ana Maria D’Ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. *Op. cit.*, p. 232-233; VIEIRA, Isabel Cristina Groba. Terras de Ocupação Tradicional da Comunidade Guarani de Itaoca. **Boletim dos Procuradores da República**, ano II, n.º 17, setembro de 1999, pp. 14-15.

<sup>22</sup> Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). REO - REMESSA EX OFFICIO. Processo: 9604511505. UF: PR. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Data da decisão: 28/10/1999. DJU: DATA:15/12/1999, p. 56. Relatora: MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE; BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). AC - APELAÇÃO CIVEL – 9001143652. Processo: 9001143652. UF: MT. Órgão Julgador: QUARTA TURMA. Data da decisão: 24/6/1998. DJ: DATA: 17/8/1998, p. 116. Relator: JUIZ MÁRIO CÉSAR RIBEIRO. Disponível em <http://www.justicafederal.gov.br>. Acesso em 23.03.2007.

<sup>23</sup> Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 1053-1054.

Para tal desiderato, imprescindível se torna a análise do artigo 231, §6º, da CRFB de 1988, a partir dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Consoante lições de Luís Roberto Barroso, o princípio da razoabilidade tem, sobretudo, origem no direito norte-americano, fundado no direito ao devido processo legal material (*substantive due process*), enquanto o segundo encontra sua essência no direito germânico, a partir da norma constitucional não escrita, derivada do Estado de direito e, no direito lusitano, a partir da proibição do excesso.<sup>24</sup>

O princípio da razoabilidade deve ser entendido como um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para se verificar se atendem ao princípio superior da Justiça. “É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”<sup>25</sup>

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, tem como principais elementos: a) a adequação, que exige que os meios eleitos pelo Estado sejam adequados para atingir os fins; b) a necessidade ou exigibilidade, que impõe que o meio eleito seja o menos gravoso para o cidadão na busca do atingimento dos fins; e c) a proporcionalidade em sentido estrito, significando a relação de custo-benefício da medida eleita pelo poder público, de modo que o ganho obtido com esta deve ser necessariamente maior do que o prejuízo suportado pela coletividade.<sup>26</sup>

A despeito da diferença conceitual dos princípios, o autor referido e grande parte da doutrina pátria, como, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Melo, bem como a maioria dos julgados dos nossos tribunais, inclusive do STF, utilizam o nome de um ou outro princípio indistintamente na análise da produção de normas pelo Estado, a fim de se verificar a razoabilidade ou proporcionalidade na relação entre os motivos (circunstâncias de fato), os meios eleitos pelo legislador ou administrador e os fins pretendidos.

Feitas tais considerações, é de ver-se que outra não pode ser a solução dada a presente problemática senão a de uma realização de uma interpretação conforme a Constituição do §6º do artigo 231 da própria CRFB com o princípio da razoabilidade/proporcionalidade implícito no artigo 5º, inciso LIV, da mesma, de modo que a ausência do direito de indenização aos antigos proprietários ou possuidores só pode ser entendida nas hipóteses em que estes próprios expulsaram os índios de suas terras. Não se poderia, ao contrário, interpretar o referido parágrafo de modo a negar direito à indenização ao habitante da terra que veja suprimido o uso ou fruição desta, quando ocupa com justo título de gerações, terra que em tempos remotos foi ocupada por índios.

A interpretação literal do artigo 231, §6º, da CRFB, de que todo e qualquer detentor de título registrado de terra que foi tradicionalmente ocupada por índios, ainda que esteja há longínquo tempo ocupando a terra, por influência do próprio Estado Brasileiro, o qual propiciou e estimulou a expansão da fronteira agrícola é desrazoada e desproporcional. Entre os vários meios a serem escolhidos pelo poder constituinte, não se pode conceber que este tenha escolhido o meio mais gravoso para o cidadão brasileiro, que tenha, de boa-fé, há muitos anos, adquirido com seu dinheiro terras em áreas que, a partir do reconhecimento do seu estado de “tradicionalmente ocupadas pelos índios”, sejam destinadas ao usufruto das comunidades indígenas com um ganho justo e devido a estas últimas, mas com um incomensurável prejuízo financeiro aos primeiros, ante a interpretação de que não teriam direito à indenização pela supressão do uso e fruição da terra.

Faltam, com essa interpretação literal do dispositivo, o requisito da exigibilidade ou necessidade, uma vez que haveria uma escolha de um meio mais gravoso (retirada da terra

---

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 237.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 229.

**sem indenização**) a ser suportado pelo cidadão de boa-fé não-índio na busca do atingimento dos fins (garantir ao índio o *habitat* necessário para sua existência, produção econômica, cultural e sua relação com o meio ambiente); além do requisito da proporcionalidade em sentido estrito, visto que o meio empregado (retirada dos antigos ocupantes sem indenização pela supressão do uso da terra) traz um ganho (entrega das terras para a comunidade indígena) que não é superior ao prejuízo suportado pelos cidadãos não-índios.

Em relação a esta última hipótese, é de ver-se que a escolha da entrega da terra aos índios **sem indenização** gera um ganho substancial a estes, mas causa um prejuízo de mesmas proporções às comunidades não-índias que perdem por completo o direito ao uso e fruição de uma terra presente, muitas vezes, em gerações da sua família.

Existe, na interpretação literal do dispositivo no sentido de que um cidadão de boa-fé não tenha direito à indenização em decorrência de sua retirada da propriedade, uma violação ao **princípio da proibição do excesso** (termo referido pelo direito português ao princípio da proporcionalidade) do poder normativo constituinte, de modo que a interpretação a ser dada é a no sentido de compatibilizá-la com o direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição (como o direito ao devido processo legal material e o direito de propriedade).

Consoante, lições de Gilmar Ferreira Mendes: “Uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso (*Übermassverbot*), diz o *Bundesverfassungsgericht*, ‘se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas’”.<sup>27</sup>

Preocupado com o alcance a ser dado ao artigo 231, §6º, da Constituição Federal, Roberto Lemos dos Santos Filho já teceu as seguintes considerações, semelhantes às acima expostas:

A previsão da inexistência de direito à indenização só tem aplicabilidade em casos onde comprovado apossamento clandestino ou violento, visto não poder ser descuidado o fato de o próprio Estado não raro ter incentivado a expansão de fronteiras agrícolas, sem respeitar o direito dos índios sobre as terras. Sob outro aspecto, a aplicação da letra fria da norma em comento afasta-se do princípio da proporcionalidade (...).

Assim, levando-se em conta o fato de o próprio Estado muitas vezes ter incentivado o apossamento de terras de índios como forma de incrementar a expansão de fronteiras agrícolas, em atenção ao princípio da proporcionalidade, como meio de assegurar balanceamento entre os valores conflitantes, a regra do art. 231, §6º, Constituição, quando restringe a possibilidade de indenização de benfeitorias sobre a ocupação, o domínio e a posse de terras indígenas derivadas de boa-fé, deve ser interpretada com reservas, devendo a solução ser alcançada por intermédio de interpretação conforme a Constituição.<sup>28</sup>

Tal posição, inclusive, já era defendida pelo antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal Cordeiro Guerra, em voto proferido no julgamento do Mandado de Segurança n. 20.234-MG, em 4.6.1980, cuja transcrição parcial foi realizada no item 4 deste trabalho, para onde remetemos a atenção do leitor.

Atente-se, ainda, que, apesar de só haver previsão expressa de nulidade dos atos jurídicos de particulares relacionados à posse ou domínio das terras consideradas indígenas, a partir do artigo 198 da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, entende-se comumente na doutrina<sup>29</sup> e em alguns julgados<sup>30</sup> que se deu a nulidade superveniente de todos os atos

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 49.

<sup>28</sup> SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 102-103.

<sup>29</sup> VIEIRA, Isabel Cristina Groba. *Op. cit.*, p. 14.

jurídicos que assegurassem a indivíduos não-índios o domínio ou posse de terras que se encontrassem ocupadas permanentemente por índios na data de entrada em vigor da Constituição da República de 1934. Tal entendimento tem por pressuposto a assertiva de que o artigo 129 da Constituição de 1934 ao assegurar o respeito “à posse de terras de Silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados”, findou por tornar, tacitamente, nulos todos os atos jurídicos que fossem ao encontro de tal garantia, a exemplo de títulos de propriedade, usufruto ou outros direitos reais incidentes sobre tal território.

Neste sentido Pontes de Miranda, ao comentar a Constituição de 1967, já acrescida da emenda constitucional n.º 1 de 1969, aduziu: “São nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse. O registro anterior de propriedade é título de propriedade sem uso e sem fruição.”<sup>31</sup>

Destarte, considerando a instituição **superveniente** de nulidade de títulos dominiais pela Constituição Federal de 1934, os títulos dominiais registrados em data anterior ou posterior a esta, **no caso de não ter havido posse permanente de indígenas nas áreas relativas a tais títulos no momento da edição desta Constituição**, não podem ser taxados de nulos, não sendo o caso sequer de se falar em “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”. Em tal hipótese, é vedado ao poder público retirar os proprietários, a pretexto de que em um passado remoto tais terras foram ocupadas por grupos indígenas e, uma vez ocorrendo tal ato administrativo, estaríamos diante de uma desapropriação indireta, sendo certo o direito indenizatório dos particulares não-índios.

É de ver-se, neste íterim, ser a indenização dos antigos proprietários ou ocupantes de boa-fé das terras consideradas indígenas pelo processo demarcatório da FUNAI em conjunto com o Ministério da Justiça, com base no artigo 231 da CRFB, uma hipótese de responsabilidade civil oriunda de um dano lícito.

Desse modo, não prosperam os argumentos de que não haveria direito à indenização dos ocupantes das áreas pelo fato dos seus títulos dominiais terem sido tornados nulos supervenientemente por disposição constitucional. Não é o fato dos títulos dominiais serem nulos que impedem a incidência da norma jurídica ensejadora do dever de indenizar por parte do Estado (artigo 37, §6º, da CRFB).

A responsabilidade civil tem como fato gerador **o dano** às pessoas, sendo certo que há casos, como o citado, em que o dever de indenizar deriva de um fato lícito (ato ou ato-fato), ou seja, o dano, gerador da responsabilidade civil, constitui, em determinados casos, violação permitida pelo ordenamento jurídico. Em tais situações o ordenamento jurídico admite que o interesse de um sobreponha-se ao do outro, impondo-se a este o dever de suportar a ofensa, mas, facultando-se ao lesado o direito de pleitear indenização pela violação tolerada, tal como acontece nas hipóteses de responsabilidade do agente que deteriora ou destrói a coisa alheia a fim de remover perigo iminente (artigos 188, inciso II e 929 do novo código civil) e do poder público pela desapropriação de terras particulares.<sup>32</sup>

Assim, os antigos proprietários e possuidores de títulos dominiais, ainda que registrados posteriormente à Constituição Federal de 1934, mas que tenham adquirido terras de forma pacífica, sem clandestinidade e violência contra os indígenas, há muitas décadas, devem ser indenizados pelo Estado pela perda do uso e fruição da terra em decorrência de demarcações de terras indígenas na atualidade, devendo o operador jurídico utilizar-se da

---

<sup>30</sup> Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. região). AC - APELAÇÃO CIVEL – 199901000228900. Processo: 199901000228900. UF: MT. Órgão Julgador: QUARTA TURMA. Data da decisão: 4/12/2000. DJ - DATA: 16/2/2001, p. 3. Relator: JUIZ I TALO MENDES.

<sup>31</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 – com a emenda n.º 1 de 1969**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo VI, p. 457 *apud* VIEIRA, Isabel Cristina Groba. *Op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>32</sup> BAPTISTA, Sílvia Neves. **Teoria geral do dano**. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 55-57.

interpretação conforme a Constituição do artigo 231, §6º, em função dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

## 6- CONCLUSÃO

O estudo relativo às terras destinadas pela Constituição aos índios é algo polêmico e ensejador de vários questionamentos, sendo certo que existem alguns trabalhos científicos sobre o tema, sobretudo artigos de revistas, apesar de não haver muitos livros dedicados ao tema do direito indigenista, que se resume, em regra geral, a um capítulo nos manuais de Direito Constitucional.

Todavia, a definição e alcance do que venha a ser entendido como terras indígenas pela Administração Pública, no caso específico pela ação conjunta da FUNAI e do Ministério da Justiça, através do denominado processo de demarcação previsto na Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do índio) e regulamentado, atualmente, pelo Decreto presidencial n.º 1775/96, é algo de um impacto quase irreversível na vida das populações que habitam tais áreas.

A discussão em torno dos limites do conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” e dos efeitos sobre os atuais ocupantes de tais áreas tem hoje importância relevantíssima, quando se encontra pendente no Supremo Tribunal Federal o julgamento da constitucionalidade do Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005, que homologou a Portaria 534/2005, do Ministério da Justiça, a qual demarcou a área indígena denominada Raposa Serra do Sol. Tal demarcação, frise-se, representa a perda de grande parte do território do Estado de Roraima, encontrando-se, inclusive, dentro de tal delimitação, núcleos urbanos e rurais já constituídos de alguns municípios, equipamentos, instalações e vias públicas federais, estaduais e municipais.<sup>33</sup>

É certo que o Estado brasileiro desempenha uma função importantíssima de resgate histórico, procurando resguardar a sobrevivência e o desenvolvimento sustentável do restante da comunidade indígena ainda existente, sendo certo que a vinculação do índio com a terra é talvez o fator mais importante para a sua dignidade.

Entretanto, não se pode hoje, a pretexto de se corrigir uma injustiça social com a “população brasileira indígena”, causar um prejuízo de repercussão equivalente aos agricultores ou possuidores centenários de terras, as quais, em tempos muito idos, foram ocupadas pelos índios. Aqueles são tão brasileiros quanto os índios e querer culpá-los pela ganância histórica do homem branco, sob a orientação e estímulo do Estado brasileiro, é cometer uma nova degradação e injustiça histórica, sendo que, neste capítulo, serão atingidos os brasileiros brancos, pardos e negros que não puderem se autodeterminarem índios.

O reconhecimento de terras que em tempos remotos foram ocupadas por índios a comunidades que atualmente reivindicam tais áreas, parece ser algo que a jurisprudência, conforme entendimentos do próprio STF antes examinados, tem rechaçado, ao exigir-se a posse atual ou recente.

Porém, a interpretação literal do artigo 231, inciso XI, da CRFB de 1988, de que qualquer cidadão brasileiro não-índio não tenha direito à indenização a ser paga pelo Estado pela perda do uso e fruição de terra de que é ocupante e possuidor de título de domínio por um imenso período de tempo, ainda que não tenha retirado o território do indígena de forma violenta ou clandestina, é desviar a responsabilidade histórica da União Federal para poucos particulares e criar uma nova injustiça e lesão histórica, contrariando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao se imputar a escolha mais gravosa possível ao cidadão brasileiro não-índio.

---

<sup>33</sup> CF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 433. Brasília, 26 a 30 de junho de 2006. Disponível em <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/>. Acesso em 26.03.2007.

## 7 – REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BADIN, Luiz Armando. Sobre o conceito constitucional de terra indígena. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, ano 51, n. 190, pp.127-141, jul./dez. 2006. Disponível na internet. <http://www.justica.gov.br>. Acesso em 21.03.2007.
- BAPTISTA, Sílvio Neves. **Teoria geral do dano**. São Paulo: Atlas, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. Senado Federal. **Legislação indigenista**: dispositivos constitucionais, atos internacionais, legislação, normas correlatas. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal, 1999.
- LOBO, Luiz Felipe Bruno. **Direito indigenista brasileiro**: subsídios à sua doutrina. São Paulo: Ltr, 1996.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. O direito Fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.43, n.170, pp. 221-234, abr./jun. 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Alcyr Gursen de. **O direito e o índio**. Belém: CEJUP, 1994.
- SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas. **Cartilha Jurídica do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, n. 20, pp. 5-28, novembro de 1996.
- VIEIRA, Isabel Cristina Groba. Terras de Ocupação Tradicional da Comunidade Guarani de Itaoca. **Boletim dos Procuradores da República**, Brasília, ano II, n.º 17, pp. 4-15, setembro de 1999.