

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS¹

Alisson da Cunha Almeida
Advogado da União

Artur Soares de Castro
Advogado da União

José Moreira da Silva Neto
Advogado da União

Leonardo Fernandes Furtado
Advogado da União

Orientação e Supervisão:
Grace Maria Fernandes Mendonça
Secretária-Geral de Contencioso

Co-orientação:
Fabiola Souza Araújo
Procuradora Federal

Sumário: 1. Delimitação do tema; 2. Atual situação do índio no Brasil; 3. A posse indígena; 4. Procedimento de demarcação; 5. Natureza jurídica do ato de demarcação das terras indígenas; 6. O princípio da proporcionalidade como método de dissolução de conflitos entre os “proprietários” de terras e os índios; 7. Repercussões internacionais; 8. Da inexistência de prejuízos para a segurança nacional; 9. Da inexistência de prejuízos para a produção agropecuária; 10. Responsabilização da União por danos materiais e morais decorrente da expropriação de ocupantes de áreas indígenas; 11. Conclusão; 12. Referências bibliográficas.

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA

O presente estudo tem por objetivo tratar de questões inerentes ao procedimento de demarcação de terras indígenas, tal como previsto na Constituição Federal e regulamentado pela legislação infraconstitucional.

Procurou-se não tratar somente do procedimento em si, mas também de outros elementos diretamente a ele vinculados e necessários para a compreensão do tema, tal como a repercussão internacional conferida ao assunto, a análise do instituto do indigenato, dentre outros.

Ressalte-se que a produção doutrinária acerca do assunto ainda é escassa, o que acabou por dar um aspecto ao estudo mais de criação do que de uma pesquisa propriamente dita. Não obstante, a consulta jurisprudencial realizada e o contato com artigos de autores que já trataram anteriormente da questão foram ferramentas essenciais para a delimitação dos temas e do caminho a ser seguido para que o presente trabalho pudesse atingir seu desfecho.

Importante fonte de consulta para quem atua em juízo na defesa dos interesses indígenas, o presente estudo buscou também servir como subsídio para eventuais questionamentos – judiciais ou extrajudiciais – que porventura vierem a surgir acerca do assunto.

Por fim, e ante a impossibilidade do exaurimento de qualquer matéria quando em exame questões inerentes ao Direito, não se teve aqui a pretensão de esgotar plenamente o assunto tratado; o objetivo do grupo de estudos formado foi, isto sim, o de

¹ Trabalho apresentado no II Seminário sobre atuação da AGU nas questões indígenas, no dia 07 de dezembro de 2005, na Escola da Advocacia-Geral da União em Brasília.

produzir um trabalho reflexivo e apto a servir de importante meio para a viabilização e alcance de um fim maior, que é justamente o da proteção aos indígenas no que diz respeito à proteção das terras por eles tradicionalmente ocupadas.

2. A ATUAL SITUAÇÃO DO ÍNDIO NO BRASIL

2.1. INTRODUÇÃO

Conforme informações constantes do estudo “*Sociedades Indígenas e a Ação do Governo*”, elaborado pela Presidência da República², estima-se, com base nas fontes históricas disponíveis, que, no começo do século XVI, a população autóctone que vivia dentro do território onde posteriormente se consolidariam as fronteiras do Brasil chegava a **5 milhões** de indivíduos.

Ao longo de séculos de contato com a civilização ocidental, aquele contingente indígena inicial sofreu contínuo processo de redução populacional que provavelmente durou até o fim da década de 1950.

A partir de então, houve uma recuperação demográfica, facilitada pela demarcação – ainda inconclusa – das terras tradicionalmente ocupadas pelos grupos indígenas, e pela extensão de serviços de assistência prestados pelos órgãos do estado, missões laicas e religiosas.

Recentemente, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE publicou uma das mais completas pesquisas sobre a população indígena nacional. Conforme o referido estudo³, em 1991, o percentual de indígenas em relação à população total brasileira era de 0,2%, ou **294 mil** pessoas no país. Já em 2000, **734 mil** pessoas (0,4% dos brasileiros) se **auto-identificaram** como indígenas, um crescimento absoluto, no período entre censos, de 440 mil indivíduos ou um aumento anual de **10,8%**, a maior taxa de crescimento dentre todas as categorias de cor ou raça. O total do país apresentou, no mesmo período, um ritmo de crescimento de 1,6% ao ano.

Justifica o IBGE que “*Algumas possibilidades não-excludentes podem explicar esse fenômeno: a) crescimento vegetativo dos indígenas, ainda que numa magnitude insuficiente para justificar o expressivo aumento; b) imigração internacional originária dos países limítrofes que têm alto contingente de população indígena, como Bolívia, Equador, Paraguai e Peru; e c) aumento da proporção de indígenas urbanizados que optaram por se declarar indígenas no censo 2000 e que anteriormente se classificavam em outras categorias, incluindo aí pessoas que não se identificam com etnias específicas, uma das hipóteses mais plausíveis*”.

Conforme dados constantes do estudo “*Sociedades Indígenas e a Ação do Governo*”, somente no Rio Grande do Norte, no Piauí e no Distrito Federal, não se encontram grupos indígenas. Entretanto, o estudo do IBGE registra a presença de índios em todo país, inclusive nesses entes federados. Tal fenômeno pode ser explicado por dois fatores: a migração e a auto-identificação.

Segundo o IBGE, há 604 áreas reconhecidas como indígenas, compreendendo 12,5% do território nacional (106.359.281 ha), com significativa concentração na Amazônia Legal. Esse processo de demarcação encontra-se, ainda, em curso, com 70% das terras indígenas regularizadas, ou seja, demarcadas e homologadas.

A esse respeito, registra a Fundação Nacional do Índio - FUNAI⁴, que há várias referências a terras presumivelmente ocupadas por índios e que estão por ser pesquisadas, no sentido de se definir se são ou não indígenas.

Por fim, deve ser registrado que, devido às pressões dos latifundiários, garimpeiros,

2 www.presidencia.gov.br

3 Tendências demográficas: uma análise dos indígenas com base nos resultados da amostra dos Censos Demográficos de 1991 e 2000.

4 www.funai.gov.br

madeireiros, políticos etc., está ocorrendo, de forma bastante nítida, um recrudescimento por parte do Poder Judiciário no que concerne à efetivação dos direitos indígenas, máxime aqueles ligados à terra, exigindo-se da Advocacia-Geral da União ainda mais atenção nesta área.

2.2. O INDIGENATO

Conforme os ensinamentos do professor José Afonso da Silva⁵, trata-se o indigenato de instituto jurídico luso-brasileiro, cujas origens remontam aos primeiros tempos do Brasil Colônia, quando o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre preservado o direito dos índios, primários e naturais senhores dela.

O primeiro e mais emblemático defensor desta tese, que tem como cerne a noção de posse imemorial, foi João Mendes de Almeida, que, em 1912, proferiu conferência na qual afirmou que o indigenato não se confunde com a ocupação, com a mera posse, constituindo fonte primária e congênita da posse territorial. Assim, segundo o referido pesquisador, o indigenato é legítimo por si, não dependendo de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem.

A ocupação pressupõe a existência de *res nullis* ou *res derelictae*. Deste modo, sendo as terras indígenas originalmente apropriadas, não podem ser assim consideradas. Não se concebe, pois, que os índios tivessem adquirido, por ocupação, aquilo que já lhes é congênito e primário.

Ademais, não se pode perder de vista que os fazendeiros, via de regra, possuem tão-somente uma transcrição no registro imobiliário que lhes atribui a propriedade. Isso não é título. O registro, sabe-se bem, constitui mera presunção *juris tantum* de propriedade. O título, que é a causa de aquisição de um direito, pertence aos índios.

Atualmente, o instituto do indigenato encontra previsão constitucional, consubstanciada no art. 231, § 2º, segundo o qual “*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*”.

Esta delimitação, para que atenda aos ditames constitucionais, deve ter como baliza a especial relação que o índio mantém com a terra, já que esta representa valor indispensável à sua sobrevivência. Sem tal garantia, ocorrerá a sua morte física ou cultural, caracterizada esta última pela desintegração dos costumes e rituais, perda da identidade étnica, dissolução dos vínculos históricos, sociais e antropológicos, além da erosão da sua consciência enquanto povo.

Assim, além dos interesses econômicos envolvidos, o reconhecimento dos direitos indígenas também esbarra no fato de índios e brancos enxergarem a terra sob diferentes óticas. Enquanto a terra, para o branco, assume o caráter de mercadoria, o índio mantém com esta uma relação visceral, auto-imaginando-se como parte integrante e indissociável dela.

Representando uma perspectiva para a efetivação e ampliação dos direitos correlatos à tese do indigenato, fala-se hoje, principalmente no plano internacional, em auto-identificação dos povos indígenas. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, determina, em seu art. 1º, ítem 2, que “*A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.*”

Deste modo, conforme tal critério, é indígena um grupo de pessoas que se identifica como coletividade distinta do conjunto da sociedade nacional em virtude de seus vínculos históricos com populações de origem pré-colombiana. Todo indivíduo que se reconhece

5 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 836-837.

como parte de um grupo com essas características e é pelo grupo reconhecido como tal pode ser considerado um índio.

2.3. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO AO ÍNDIO

A primeira Constituição a dispor sobre a proteção aos indígenas foi a de 1934, a qual estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre **incorporação** dos silvícolas à comunhão nacional, assegurando-lhes o respeito à posse das terras em que se achassem permanentemente localizados, as quais não poderiam ser alienadas. Com pequenas mudanças de redação, as Constituições de 1937 e 1946 repetiram os mesmos princípios, inclusive mantendo a visão integracionista até então defendida.

Até a Constituição de 1967, as normas referentes aos indígenas sempre impuseram a exigência da localização permanente do índio na terra como pressuposto indispensável à proteção possessória. Caso não estivessem permanentemente ocupadas, não se lhes aplicaria o comando constitucional.

A partir de 1967, houve uma significativa alteração no regramento constitucional, rompendo-se com a tradição da exigência da localização permanente como requisito à proteção possessória. Exigiu-se, a partir de então, apenas que as terras fossem habitadas pelos indígenas como pressuposto garantidor da sua posse. Além disso, foi a primeira a estabelecer que as áreas ocupadas pelos silvícolas integram o Patrimônio da União.

Atribuir as terras indígenas ao domínio da União foi a fórmula encontrada para impedir que elas pudessem ser vendidas ou loteadas. Trata-se, portanto, de uma solução legal que visa garantir uma base física permanente para as sociedades indígenas.

A Emenda nº 1, de 1969, estipulou que as terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos em que a lei federal determinar, a eles cabendo sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. Além disso, também declarou a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas, não tendo os ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União ou contra a FUNAI.

2.4. A PROTEÇÃO CONFERIDA AO ÍNDIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O espectro protetivo constitucional foi bastante ampliado com a Carta de 1988.

O artigo 20 da Constituição Federal de 1988 inclui, entre os bens da União, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Reconhece, deste modo, não apenas a ocupação física das áreas habitadas pelas tribos, mas, sim, a ocupação tradicional do território indígena, o que significa reconhecê-lo como toda a extensão de terra necessária à manutenção e preservação das particularidades culturais de cada grupo. São incorporadas não apenas as áreas de habitação permanente e de coleta, mas também todos espaços necessários à manutenção das tradições do grupo. Entram nesse conceito, por exemplo, as terras consideradas sagradas, os cemitérios distantes e as áreas de deambulação.

A Suprema Corte, entretanto, preferiu restringir o alcance do termo "tradicionalmente", conforme sua Súmula nº 650, segundo a qual, *"Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto."*

Tal posicionamento do Supremo Tribunal Federal reflete uma tendência de recrudescimento do Poder Judiciário no que tange ao reconhecimento dos direitos indígenas, o que exige dos membros da Advocacia-Geral da União muito mais esforço e habilidade.

O artigo 22 da Constituição Federal afirma a competência privativa da União para legislar sobre populações indígenas, implicando uma ruptura importante com o quanto estabelecido pelas Constituições anteriores, que se referiam à competência da União para

legislar sobre a incorporação do silvícola à comunhão nacional.

Ao abandonar intencionalmente qualquer referência à incorporação ou integração dos índios à sociedade nacional, a Constituição de 1988 reconheceu o direito das populações indígenas de preservar sua identidade própria e cultura diferenciada.

O artigo 49 da Lei Fundamental estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais nas terras indígenas.

Quanto a este artigo, decidiu o Pretório Excelso na ADI nº 3.352-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, que tal competência exclusiva deve ser exercida mediante decreto-legislativo, não podendo subsistir por medida provisória. Ressalva, contudo, que não usurpa a referida competência a medida provisória que, visando resolver o problema criado com a existência, em poder de dada comunidade indígena, do produto de lavra de diamantes já realizada, disciplina-lhe a arrecadação, a venda e a entrega aos indígenas da renda líquida resultante de sua alienação.

Também já decidiu o Supremo Tribunal Federal que, por se configurar conflito federativo, será sua a competência para processar e julgar a ação popular em que os autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público dos seus respectivos estados, postulam a declaração da invalidade de atos demarcatórios, cabendo-lhe, inclusive, a apreciação de todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação de reservas indígenas. (Rcl nº 2.833, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 05/08/05)

A Carta Magna, em seu art. 109, fixa a competência da Justiça Federal para processar e julgar disputas sobre direitos indígenas e, no artigo 129, inclui entre as funções institucionais do Ministério Público a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas.

O artigo 215, por sua vez, assegura às comunidades indígenas o ensino fundamental bilíngüe (utilização de suas línguas e processos próprios de aprendizagem).

Os artigos 231 (desdobrado em seis parágrafos) e 232 contêm todo um capítulo sobre os direitos dos índios, onde se ressaltam os seguintes elementos:

Reconhecimento da identidade cultural própria e diferenciada dos grupos indígenas (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições), e de seus direitos originários (indigenato) sobre as terras que tradicionalmente ocupam. O abandono implícito da vocação integracionista, encontrada nos textos constitucionais anteriores, abriu espaço para uma nova ótica que valoriza a preservação e desenvolvimento do patrimônio cultural indígena. Por sua vez, a recuperação jurídica do instituto do indigenato assentou o reconhecimento de que a posse indígena da terra decorre de um direito originário, que por isso independe de titulação, precede e vale sobre os demais direitos (art. 231, *caput*);

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas 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-cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (art. 231, parágrafo 1º);

Nas terras tradicionalmente ocupadas, os índios detêm o direito de posse permanente e de usufruto exclusivo das riquezas dos solos, rios e lagos (art. 231, parágrafo 2º);

O aproveitamento dos recursos hídricos e a pesquisa e lavra mineral em terras indígenas somente podem ser realizadas mediante autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, que terão participação assegurada nos resultados da lavra, na forma da lei (art. 231, parágrafo 3º). Trata-se, portanto, de matéria que depende da aprovação de lei específica na qual se definirão os procedimentos e condições para a aprovação pelo Congresso Nacional de projetos de lei sobre exploração de recursos hídricos e minerais em terras indígenas;

As terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos que os índios exercem sobre elas são imprescritíveis (art. 231, parágrafo 4º);

Os grupos indígenas não podem ser removidos de suas terras, a não ser em casos

de catástrofe ou epidemia, com o referendo do Congresso Nacional, ou no interesse da soberania, com aprovação prévia deste. Alguns juristas, a exemplo de José Afonso da Silva, atribuem a tal disposição o *status* de Princípio da Irremovibilidade dos Índios de suas Terras⁶ (art. 231 parágrafo 5º);

São nulos, extintos e não produzem efeitos jurídicos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio ou a posse por terceiros e a exploração dos recursos naturais do solo, rios e lagos nas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. A nulidade e extinção não geram direito de indenização ou de ação contra a União, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de ocupação e exploração dos recursos naturais em caso de relevante interesse público da União, em circunstâncias a serem definidas em lei complementar (art. 231 parágrafo 6º);

Apesar da clareza da dicção legal, alguns pleitos de indenização por danos materiais e morais ajuizados pelos ocupantes de terras demarcadas têm sido deferidos, o que traz enormes prejuízos à União. **Não obstante a boa-fé de muitos dos moradores destas terras, determina a Constituição que a indenização dos mesmos cingir-se-á às benfeitorias, não cabendo qualquer outra.**

Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo (art. 232).

Na dimensão infraconstitucional, em razão das novas disposições trazidas pela Carta de 1988, sentiu-se a necessidade de adaptar o Estatuto do Índio (Lei nº 6001/73) de forma a compatibilizá-lo com o texto constitucional ora vigente.

Embora o texto atual do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/93) não descuide da preservação da cultura indígena, seu articulado empresta maior ênfase à "integração progressiva e harmoniosa dos índios e das comunidades indígenas à comunhão nacional", propósito que, desde 1988, deixou de figurar entre os princípios constitucionais da política indigenista.

Os dispositivos atuais do Estatuto permanecem vigentes naquilo que não confrontem a Constituição. Por isso, sua leitura deve ser feita com a cautela de singularizar os aspectos que requerem adaptação ao novo texto constitucional. O aspecto mais importante, que é a ótica da tutela de pessoas, foi substituído pela tutela de direitos.

Ressalte-se, por fim, que o artigo 67 das Disposições Transitórias determinou prazo de cinco anos, a partir da promulgação da Constituição, para a conclusão da demarcação das terras indígenas. Esse prazo encerrou-se em 5 de outubro de 1993 sem que pudesse ter sido concluída a demarcação de todas as áreas indígenas no país.

Contudo, decidiu o STF que o prazo previsto no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é peremptório, sinalizando simplesmente uma visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação e, portanto, a realização destes em tempo razoável. (MS nº 24566, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 28/05/04).

3. A POSSE INDÍGENA

Primeiramente, cabe salientar que a Constituição Federal de 1988 reconheceu aos índios "*os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*" (art. 231, *caput*) e estabeleceu 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*" (art. 231, §2º).

Isto posto, deve-se ressaltar que a posse reconhecida aos povos indígenas não tem qualquer relação com a posse de natureza civil. Não se pode entender a posse indígena de maneira restritiva, concedendo-lhe um significado meramente vinculado ao prescrito no Código Civil. A posse indígena, prevista na Carta Magna, não está ligada simplesmente à

6 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 817.

ocupação e exploração da terra, tal como ocorre com a posse civil, mas está ligada, sim, à sobrevivência física e cultural dos índios.

Na visão do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal, *"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).

Como se pode perceber, a posse indígena, diferentemente da civil, liga-se à noção de **habitat**, entendido este no sentido ecológico de interação com o meio-ambiente capaz de proporcionar o desenvolvimento equilibrado da vida humana.

Esta é a lição de José Afonso da Silva a respeito do tema:

"A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios não é simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela 'possessio ab origine' que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio. Por isso é que João Mendes Júnior lembrou que a relação do indígena com suas terras não era apenas um 'ius possessionis', mas também um 'ius possidendi', porque ela revela também o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Podemos dizer que é uma posse como habitat no sentido visto antes.

Essa idéia está consagrada na Constituição, quando considera as terras habitadas, segundo os usos, costumes e tradições dos índios. Daí a idéia essencial de permanência, explicitada pela norma constitucional.

Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat. Se se destinam (destinar significa apontar para o futuro) à posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é direito originário já mencionado.

*O reconhecimento do direito dos índios ou comunidades indígenas à posse permanente das terras por eles ocupadas, nos termos do art. 231, § 2º, independe de sua demarcação, e cabe ser assegurada pelo órgão federal competente, atendendo à situação atual e ao consenso histórico."*⁷

Constata-se, portanto, que os índios possuem direito à posse de todas as terras que constituam o seu *habitat* natural, ou seja, aquelas necessárias à sua sobrevivência física e desenvolvimento cultural. Tais terras, que constituem as tradicionalmente ocupadas pelos índios, sobre as quais estes possuem direito de posse permanente e usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, são definidas pela Constituição de 1988 como sendo *"as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições"* (art. 231, § 1º).

Deve-se salientar que, segundo José Afonso da Silva, a tradicionalidade da ocupação indígena *"refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao 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*

7 DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 858-859.

e tradições"⁸

Concordando expressamente com o entendimento supra, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, sinalizando um amadurecimento do conceito de indigenato, escreveu que "*Direitos originários, portanto, são direitos cuja fonte está no habitat natural do índio, ligação ecologicamente harmoniosa do homem com a terra, mas, como logo percebeu a doutrina e a jurisprudência, nada têm a ver com posse imemorial, anterior ao descobrimento. Ou seja, não revela uma relação temporal, não se referindo a terras imemorialmente ocupadas, terras ocupadas desde épocas remotas (usucapião imemorial), pois aponta apenas para a circunstância de que não se reconhece nenhum título anterior a eles (José Afonso da Silva, op. cit., p. 827)*"⁹.

Pelo que foi exposto, percebe-se que os índios possuem o direito constitucional de posse das terras que constituem o seu *habitat* natural, quais sejam, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. O mencionado direito, como demonstrado, não depende de uma circunstância temporal.

Ressalta-se, também, que o direito dos indígenas sobre as terras que constituem o seu *habitat* não lhes foi outorgado pela Constituição, e sim, **reconhecido**, uma vez que se trata de um direito **originário**.

Neste momento, calha o magistério de Paulo Bessa Antunes, que transcorre com maestria sobre o tema, trazendo subsídios valiosos do direito comparado:

*"É preciso estar atento ao fato de que as terras indígenas foram reconhecidas como pertencentes aos diversos grupos étnicos, em razão da incidência de direito originário, isto é, direito precedente e superior a qualquer outro que, eventualmente, se possa ter constituído sobre o território dos índios. **A demarcação das terras tem única e exclusivamente a função de criar uma delimitação espacial da titularidade indígena e de opô-la a terceiros. A demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira.***

Deve ser consignado, por oportuno, que a tendência moderna é a do reconhecimento aos indígenas de seus direitos originários das terras que ocupam tradicionalmente. Recente decisão da Corte Suprema Australiana modificou o entendimento precedente de que as terras indígenas se constituíam em 'res nullius'. O Tribunal no caso Mabo proferiu importante decisão. Foi reconhecido ao povo Merian que estes eram detentores de um título válido 'against the whole world, to possession, occupation, use and enjoyment of the lands of the Murray islands in Torres Strait'. (Contra todos, em matéria de propriedade, ocupação, uso e gozo das terras da ilha Murray no estreito de Torres.) Na oportunidade, a Corte decidiu que os títulos nativos eram reconhecidos pelo Direito Comum Australiano. (...)

A Nova Zelândia, igualmente, definiu em sua legislação direitos especiais para os Maori em relação às terras por eles ocupadas; (...)

A Constituição Canadense de 1982, também, reconhece os direitos originários dos indígenas sobre as terras que ocupam. Vejamos o número 25 da Lei Fundamental do Canadá: '25 - A garantia, nesta Carta, de certos direitos e liberdades não afeta ou revoga quaisquer direitos ou liberdades aborígenes, direitos de tratado (treaty rights) ou outros, que assistem aos povos aborígenes do Canadá [...] É importante observar que o texto constitucional canadense, em realidade, reflete uma série de entendimentos judiciais que vinham se consolidando, lentamente. (...)

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, desde o século XIX, através de acórdãos

8 DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 856.

9 FERRAZ JÚNIOR, Tarcio Sampaio. **A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional** In Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 3, jan./jun. 2004, p. 693.

lavrados pelo Chief Justice Marshall definiu que os índios tinham títulos sobre as suas terras em decorrência do direito de ocupação.(...)"¹⁰ (grifou-se)

O direito indígena de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam, portanto, conforme entendimento difundido na maioria dos países desenvolvidos, é originário e independe de qualquer tipo de procedimento administrativo demarcatório. Isto, inclusive, restou expressamente disposto no art. 25 do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73).

Deve-se salientar, ainda, que o título que legitima o direito originário à posse, no caso em questão, é justamente o indigenato, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz:

"O art. 231 da CF fala em direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Trata-se de direitos subjetivos, reconhecidos ('São reconhecidos aos índios...'). Ao reconhecê-los, não os cria, mas os aceita tal como preexistiam. (...)

Tais direitos são originários. Não se trata de direitos adquiridos, pois não pressupõem uma incorporação ao patrimônio (econômico e moral), embora, ressalvadas as peculiaridades constitucionais, devam ser tratados em harmonia com esses. Cabe aqui a mencionada noção de indigenato entendido por João Mendes Junior com título distinto da ocupação (ob. cit. p. 49) e que tem por base a noção de habitat, equilíbrio ecológico entre o homem e seu meio. Nesse sentido, não é fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior depende de requisitos que o legitimem.

Note-se, porém, que o indigenato é título, capaz de explicar o caráter originário dos direitos (...)

Ora, o indigenato é título de legitimidade, caracterizador do sujeito com titular. Legitima, assim, no caso, a faculdade (faculdade de usufruir, usufruto) e o objeto - terras que tradicionalmente ocupam -(...)"¹¹

Em razão das características expostas da posse indígena, Paulo de Bessa Antunes concluiu que *"é fácil constatar que o Direito Brasileiro não reconhece, desde longa data, qualquer direito adquirido sobre terras indígenas e, neste sentido, é juridicamente impossível qualquer reivindicação privada sobre áreas indígenas."*¹²

De fato, os argumentos supra são mais do que suficientes para demonstrar que não existem, no Brasil, quaisquer direitos adquiridos por particulares em relação a terras de posse indígena e, mesmo que assim não o fosse, o legislador constituinte fez questão de colocar um fim em qualquer discussão futura que viesse a ser travada sobre a matéria, como disposto no art. 231, § 6º, da Lei Maior.

Como já salientado, o art. 231, que faz parte da Constituição desde a sua redação original, reconheceu aos índios o direito de posse das terras que tradicionalmente ocupam e considerou *"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 seja, tal artigo expressamente retirou quaisquer direitos que alguém pudesse pretender em relação a terras tradicionalmente ocupadas por índios. Além disso, o art. 20, inciso XI, que faz parte da Constituição de 1988 desde a sua promulgação, estabelece que são bens da União *"as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios"*. Desse modo, qualquer reivindicação de direito sobre terras tradicionalmente ocupadas por índios estará em claro confronto com os artigos 231 e 20, inciso XI, da Carta Magna.

Pelo fato de esses dispositivos terem sido obra do Poder Constituinte Originário, integrando a Lei Maior desde a sua promulgação, não é possível a alegação de qualquer direito adquirido que esteja em confronto com os mesmos, como já se encontra doutrinária e jurisprudencialmente assentado no direito pátrio.

10 ANTUNES, Paulo de Bessa. **A demarcação das terras indígenas e a constitucionalidade do decreto 22/91** In Revista da Procuradoria-Geral da República, nº 8, jan./jun. 1996, pp. 113-114.

11 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional** In Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 3, jan./jun. 2004, p. 692-693.

12 ANTUNES, Paulo de Bessa. **A demarcação das terras indígenas e a constitucionalidade do decreto 22/91** In Revista da Procuradoria-Geral da República, nº 8, jan./jun. 1996, p. 116.

Isso porque o Poder Constituinte Originário, por dar início a um novo ordenamento jurídico, possui um caráter ilimitado, não se subordinando a qualquer norma jurídica integrante do ordenamento jurídico anterior. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "*A ilimitação (ou soberania) do Poder Constituinte é decorrência lógica de sua inicialidade. Se ele dá início à ordem jurídica, evidentemente não está sujeito a norma jurídica alguma*"¹³ (grifou-se).

O Supremo Tribunal Federal tem sempre manifestado entendimento idêntico ao que vem sendo exposto, ou seja, de que não pode ser invocado direito adquirido contrário a dispositivo originário da Constituição Federal. A título de exemplo, pode-se citar a seguinte decisão do Pretório Excelso: "*A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido*" (STF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, ADI nº 248/RJ, D.J. 08/04/1994).

Por tudo o que foi exposto, pode-se concluir que quaisquer ações propostas visando garantir direito de particulares de propriedade ou posse de terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas deverão estar fadadas ao insucesso, diante dos irrefutáveis argumentos trazidos no presente estudo.

4. PROCEDIMENTO DE DEMARCAÇÃO

Trata-se de procedimento administrativo que tem por objetivo fixar os limites do território tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas.

Referido procedimento tem substrato constitucional, vez que a Carta Magna, no seu art. 231 e respectivos parágrafos, traz a previsão da demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

Depreende-se do artigo acima aludido que a competência para fixar os limites das terras indígenas é da União, em consonância com os artigos 20, XI e 22, XIV da própria Constituição Federal, os quais determinam, respectivamente, que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União e que a competência para legislar sobre direitos indígenas também é da União.

Assim, a União, por expressa disposição constitucional, tem a propriedade sobre referidas terras, sendo que aos índios deve ser assegurada sua posse permanente, inclusive garantindo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2º, CF).

Além disso, pela leitura, sobretudo do *caput* do art. 231, percebe-se que tem a União a obrigação de promover os atos necessários à demarcação física dos limites dos territórios indígenas e sua respectiva proteção.

A Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, denominada de Estatuto do Índio, assim dispõe:

"Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo".

Após a promoção da demarcação, esta deverá ser homologada pelo Presidente da República, sendo registrada em Serviço do Patrimônio da União (SPU) e no registro imobiliário da comarca da situação das terras.

O dispositivo legal acima transcrito refere-se ao Decreto nº 1775, de 08 de janeiro de 1996, que regulamenta o art. 2º, IX, da Lei nº 6001/73.

O início do processo demarcatório em análise se dará por meio da identificação e delimitação da área, que será realizada por um grupo técnico de trabalho. Outrossim, a teor do disposto no art. 2º do Decreto nº 1775/96, a demarcação deverá necessariamente ser fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação

13 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder constituinte e direito adquirido.** In Revista dos Tribunais, ano 86, v. 745, nov./1997, p. 20.

reconhecida, que elaborará estudo antropológico de identificação.

Haverá, além dos estudos antropológicos, estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação. Após a conclusão dos trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico deverá apresentar relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando, desta feita, a terra indígena a ser demarcada.

Os terceiros diretamente envolvidos na questão de delimitação das terras, bem como os Estados e Municípios, poderão participar do procedimento demarcatório – inclusive apresentando contestação – desde seu início até noventa dias após a publicação do resumo dos relatórios nos Diários Oficiais da União e do Estado envolvido. Por outro lado, o grupo indígena envolvido também participará do procedimento em todas as suas fases.

Desse modo, percebe-se que não há que se falar em afronta ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, que assegura aos litigantes, em processo administrativo, o direito ao contraditório e ampla defesa, vez que os interessados diretamente envolvidos terão oportunidade de participar do procedimento, inclusive com a possibilidade de influenciar sobre a limitação territorial a ser fixada pela Administração.

Esse também é o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, como se verifica na decisão abaixo transcrita:

“(...) Como bem ficou ressaltado na ementa do MS 21.649, o Decreto 1.775/1996 não viola o princípio da ampla defesa. Em verdade, essa nova norma veio corrigir erros do decreto anterior que disciplinava a matéria (Decreto 22/1991).

(...)” (MS nº 24045/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa – Pleno – DJ 05.08.2005)

Ainda neste sentido, colhe-se a decisão da Primeira Turma do STF proferida pelo Ministro Moreira Alves, nos autos do MS nº 21649, publicada no DJ de 15/12/2000, bem como o voto em plenário da Ministra Ellen Gracie, nos autos do MS nº 23862/GO, publicado no DJ de 26/03/2004, dentre outros.

Importante mencionar que havia uma grande celeuma jurídica acerca da constitucionalidade do Decreto nº 22/91 – anterior ao Decreto nº 1.775/96 e que regulava o procedimento demarcatório – vez que parte dos aplicadores do Direito sustentavam afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que ensejou algumas ações no Supremo Tribunal Federal.

Referida discussão aparentemente cessou com a edição do Decreto nº 1.775/96, pois como já se observou, este trouxe a possibilidade de participação das pessoas diretamente interessadas no procedimento demarcatório.

Aliás, a inserção de prazo para o oferecimento de contestação no procedimento de demarcação administrativa trouxe alguns protestos por parte da doutrina.

Paulo de Bessa Antunes já defendia a tese de que não são cabíveis, no procedimento de demarcação, o contraditório e a ampla defesa, pois estes seriam destinados tão-somente à defesa de acusados em matéria penal ou administrativa-disciplinar, não se aplicando a outros tipos de procedimentos existentes no Direito Brasileiro, como é o caso.¹⁴

Edson de Oliveira reputa como “grave” a admissão de contestações às demarcações de áreas já homologadas e não registradas em cartórios de imóveis das respectivas comarcas, pois estaria havendo a presunção de que os atos praticados pela FUNAI e pelos Ministros e Presidentes da República seriam ilegítimos.¹⁵

14 ANTUNES, Paulo de Bessa. **A demarcação das terras indígenas e a constitucionalidade do Decreto 22/91.** In Revista da Procuradoria-Geral da República n. 8, jan/jun 1996.

15 OLIVEIRA, Edson. **Posse e demarcação de terras indígenas – Uma demanda jurídica desigual.** In Revista da Faculdade de Direito da UA, nº 10.

Por sua vez, Itagiba Catta Neto também sugere que não há que se falar em ampla defesa no procedimento demarcatório, pois dele não decorrerá eventual indenização de terras ou benfeitorias (tal como previsto na Constituição e na lei para os possuidores de boa-fé), sendo que estas devem ser discutidas em procedimento administrativo ou judicial próprios.¹⁶

Não obstante toda discussão, o fato é que o Decreto nº 1.775/96 prevê expressamente que terceiros interessados podem apresentar contestação à área administrativamente demarcada. Apesar disso, e como já tivemos oportunidade de ressaltar, alguns consideram tal previsão como um verdadeiro retrocesso, inclusive indo na contramão aos dispositivos constitucionais vigentes que buscam viabilizar a defesa e proteção aos direitos indígenas.

De qualquer forma, abrir prazo para os interessados apresentarem contestação oferece um aspecto positivo, pois se evita futura discussão infundável em sede judicial acerca da não observância dos princípios constitucionais já mencionados, o que acaba por travar todo o procedimento; além disso, permite-se que sejam trazidos novos elementos, que deverão ser aferidos para a devida e correta demarcação, dando maior credibilidade a todo procedimento, e, conseqüentemente, oferecendo uma sustentação melhor elaborada para eventual propositura de ação judicial pelos que se julgarem prejudicados.

Fica claro, pelo evidenciado, que não se trata de procedimento arbitrário e impositivo desenvolvido às escuras pelos entes federais competentes; ao contrário, é um procedimento administrativo tal como concebido pelas mais modernas teorias administrativas existentes acerca do assunto.

E é nessa esteira que o Decreto em análise prevê a publicidade dos atos mais importantes do procedimento e abre oportunidade para que os interessados apresentem razões que impugnem os atos praticados no decurso procedimental.

Após os trâmites regulares, o procedimento será encaminhado ao Ministro de Estado da Justiça, que poderá declarar, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinar sua demarcação; poderá, ainda, prescrever as diligências que entender necessárias ou mesmo desaprovar a identificação e determinar a devolução dos autos ao órgão federal de assistência ao índio.

A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo previsto no Decreto nº 1775/96, será homologada mediante Decreto expedido pelo Presidente da República.

Após a publicação do decreto de homologação, em até trinta dias, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

Ressalte-se que **a demarcação das terras indígenas tem natureza meramente declaratória**. Apenas se reconhece um direito preexistente, direito este constitucionalmente previsto e assegurado. Assim, o procedimento analisado visa apenas fixar e declarar a área já pertencente tradicionalmente aos índios, delimitando-a.

As terras tradicionalmente ocupadas pertencem aos indígenas independentemente de demarcação administrativa; o que se busca é apenas a regularização e proteção dessas terras, evitando que venham a ser objeto de disputas que poderiam colocar em risco a integridade e mesmo a sobrevivência das diversas tribos indígenas espalhadas pelo país.

O art. 25 da Lei nº 6001/73, **recepcionado pela Carta Magna de 1988**, não dispõe em outro sentido.

Importante apontar-se ainda o posicionamento existente na jurisprudência no sentido de que o procedimento de demarcação não faz "coisa julgada administrativa". Veja-se o julgamento do Agravo de Instrumento nº 114398/SP, interposto no Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

16 NETO, Itagiba Catta. **Demarcação de terras indígenas**. Jornal Correio Brasiliense de 18 de novembro de 1996.

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS – MEDIDA LIMINAR – MANUTENÇÃO DE POSSE – VÍCIOS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO E AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1 – A apreciação de mérito do agravo de instrumento interposto, torna prejudicado o agravo regimental interposto com os mesmos fundamentos.

2 – A proibição de concessão de interdito possessório, estabelecida pela Lei 6001/73, não constitui óbice ao processamento de ação com o objetivo de ver declarada a ineficácia de procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas.

3 – Procedimento anterior de demarcação, embora possa ser objeto de consideração pela FUNAI, não constitui impedimento para a realização de nova demarcação. E, precisamente que dispõe o Decreto 1.775/96.

4 – O procedimento demarcatório não faz “coisa julgada administrativa”, porque desde que comprovados os direitos originários dos índio, a questão poderá, a qualquer tempo, ser reaberta.

5 – A existência de procedimento de demarcação anterior que deixou de reconhecer os direitos indígenas sobre a terra não constitui, por si só, qualquer indício de bom direito da parte autora para fins de em fase de cognição superficial, ser declarada a ineficácia do procedimento atualmente em curso.”

Esse é, em apertada síntese, o trâmite procedimental verificado na demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

5. NATUREZA JURÍDICA DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

O ato de demarcação trata-se, antes de mais nada, de ato declaratório, que apenas reconhece um direito preexistente e assegurado constitucionalmente. O reconhecimento aos indígenas do direito originário sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas é de cunho constitucional, sendo que o art. 231, *caput*, da Carta Magna é expresso nesse sentido.

A exteriorização do ato administrativo que homologa o procedimento administrativo de demarcação se dá através do **Decreto**, expedido pelo Chefe do Poder Executivo, no caso, o Presidente da República. Antes, porém, da expedição do referido Decreto homologando o procedimento administrativo, há a declaração mediante **Portaria** do Ministro de Estado da Justiça, fixando os limites das terras indígenas e determinando a sua respectiva demarcação.

Já se mencionou a natureza declaratória de referidos atos. Assim, a expedição do Decreto aludido não tem caráter constitutivo, pois não tem o condão de criar, extinguir ou modificar uma nova relação jurídica, mas sim de declarar a preexistência de um direito, já reconhecido e que **independeria mesmo de sua declaração**.

O próprio Estatuto do Índio (Lei nº 6001/73), em seu art. 25, determina que o reconhecimento dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas dependerá de sua demarcação e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas.

O que se visa com a demarcação é apenas trazer o reconhecimento e regularização das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, oferecendo maior segurança aos nativos e viabilizando a sua respectiva posse permanente sobre aquelas terras, bem como possibilitar o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2º, da Constituição Federal). Daí seu cunho meramente declaratório.

Ato administrativo que é, o ato que demarca os limites da terra indígena se submete a regime jurídico próprio, com peculiaridades que o distinguem de outros atos praticados pela Administração, dando-lhes especificidade em relação aos demais.

E é nesta seara – dos atos administrativos – que referido ato deve ser compreendido e analisado com as características que lhe são próprias, com atenção especial aos seus

atributos ou caracteres, tais quais: a) presunção de legitimidade e veracidade; b) executoriedade; c) imperatividade; d) exigibilidade.

Não obstante a incontestável importância de todos os atributos dos atos administrativos – que devem necessariamente ser observados –, é salutar mencionar-se a presunção de legitimidade (conformidade do ato com a lei) e veracidade (presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração), pois de referido atributo decorrem relevantes efeitos. Inicialmente, ressalte-se que a referida presunção é relativa ou *juris tantum*, admitindo, desta feita, prova em contrário.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro enumera três efeitos da citada presunção, que podem perfeitamente ser adaptadas ao ato de demarcação.¹⁷

O primeiro efeito apregoado pela administrativista seria no sentido de que, mesmo eivado de vícios prejudiciais à sua validade, o ato produziria todos os seus efeitos como se válido fosse, até a decretação da sua invalidade pelo Judiciário ou mesmo pela própria Administração (autotutela). Assim, mesmo que aparentemente se constate a existência de vícios no procedimento de demarcação, deverá a demarcação ao final procedida surtir todos os efeitos até que o Judiciário ou a própria Administração se manifestem acerca de eventual ilegalidade verificada.

O segundo efeito é que o Judiciário não poderá apreciar *ex officio* a validade do ato, só podendo se manifestar a pedido da pessoa interessada. Com a devida vênia, entretanto, o referido efeito não decorreria tão-somente dos efeitos do ato administrativo, mas do próprio princípio da inércia da jurisdição adotado no ordenamento pátrio (arts. 2º e 262, ambos do Código de Processo Civil).

O terceiro aspecto – e talvez aqui repouse o mais importante – é que a presunção de veracidade inverte o ônus da prova, devendo a parte insatisfeita (no caso, com a demarcação procedida) provar o contrário, ou seja, que a demarcação não respeitou os verdadeiros limites territoriais.

A presunção aqui é mesmo de veracidade, pois diz respeito exatamente aos fatos alegados pela Administração para justificar a demarcação ao final procedida, e é exatamente essa questão probatória que eventualmente será trazida em discussão judicial.

Importante ressaltar-se o entendimento no sentido de que referida presunção de veracidade não exime nem libera a Administração de apresentar as provas que sustentam o ato.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica bem a questão. Vejamos:

*“(...) inverte-se, sem dúvida nenhuma, o **ônus de agir**, já que a parte interessada é que deverá provar, perante o Judiciário, a alegação de ilegalidade do ato; inverte-se, também, o ônus da prova, porém não de modo absoluto: a parte que propôs a ação deverá, em princípio, provar que os **fatos** em que se fundamenta a sua pretensão são verdadeiros; porém isto não libera a Administração de provar a sua verdade, tanto assim que a própria lei prevê, em várias circunstâncias, a possibilidade de o juiz ou o promotor público requisitar da Administração documentos que comprovem as alegações necessárias à instrução do processo e à formação da convicção do juiz”.*¹⁸

Referido entendimento doutrinário não interfere negativamente sobre o procedimento de demarcação utilizado pela Administração, já que durante o seu curso serão produzidos uma série de laudos e estudos que amparem o reconhecimento do direito e a delimitação territorial ao final formulada, servindo de meio hábil a comprovar, sem dúvida nenhuma, a coerência da demarcação.

Além das características acima apontadas, necessário mencionar-se ainda que o ato de demarcação é meramente administrativo, em sentido material, e de efeito concreto, já que após sua edição haverá o esgotamento de todos os seus efeitos, que é a demarcação

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: 2004, pp. 190-191.

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: 2004, p. 191.

de uma determinada área como terra tradicionalmente ocupada pelos índios.

Assim, falta-lhe o caráter de generalidade, abstração e impessoalidade próprios das normas jurídicas, vez que perfeitamente delimitados os destinatários do ato e os efeitos jurídicos verificados.

6. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MÉTODO DE DISSOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE OS “PROPRIETÁRIOS” DE TERRAS E OS ÍNDIOS.

Como bem assevera Paulo Bonavides, citando Xavier Phillipe, o princípio da proporcionalidade é mais fácil de compreender do que de definir.¹⁹

Não possui expressa previsão na Constituição de 1988, sendo considerado princípio implícito, inclusive com o reconhecimento do STF, para o qual decorre do *due process of law*²⁰.

Tem como objetivo equacionar a colisão entre direitos fundamentais, devendo ser utilizado pelo operador do direito na ponderação dos valores que deverão prevalecer no caso concreto. Assume, deste modo, indispensável papel na consecução de um dos principais objetivos do Estado Brasileiro, vez que se destina à redução das desigualdades sociais e regionais. Assim, a sentença, a lei, qualquer ato jurídico, em suma, além de necessário, deve ser justo, entendendo-se por Justiça, em conformidade com os ensinamentos de Aristóteles, a necessidade e a adequação. Trata-se, pois, de **Justiça distributiva**.

Dentro desta noção de distributividade é que deve ser abandonado o sentido literal e limitado atribuído à expressão “*proporcionalidade*”, já que, conforme as ponderações de Suzana Barros²¹, a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio. Há nela, pois, a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Contudo, a proporcionalidade em sentido lato é mais do que isso, já que envolve também considerações sobre a adequação entre os meios, os fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito.

Foi com base neste sentido – Justiça distributiva – que a Constituição conferiu especial tratamento às terras indígenas. Assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade, neste tocante, deu-se de forma apriorística, ou seja, o constituinte, ponderando os interesse em choque, determinou que constituem bens da União as terras tradicionalmente ocupadas por índios, visando, assim, fazer prevalecer, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana em face do direito de propriedade.

Deste modo, conforme a atual proteção conferida ao índio, caberia ao Poder Judiciário tão-somente conferir aplicabilidade prática às normas constitucionais, pois o poder constituinte originário, antevendo e solucionando os conflitos que poderiam surgir, já determinou que, havendo choque entre o direito de propriedade e a preservação das comunidades indígenas, deverá prevalecer esta.

Ressalte-se, todavia, que, do ponto de vista jurídico, não há hierarquia entre os princípios constitucionais, ou seja, todas as normas constitucionais têm igual dignidade e importância. Entretanto, no plano fático, a incidência delas sobre uma dada situação pode gerar uma colisão real entre os direitos fundamentais.

Assim, surgido um conflito entre normas constitucionais, deve o operador do direito valer-se do procedimento de aplicação da proporcionalidade, segundo o qual, em primeiro lugar, deve-se analisar se há efetivamente uma colisão de direitos fundamentais; posteriormente, descreve-se o conflito, identificando os pontos relevantes do caso; e, por fim, procede-se, sucessivamente, aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No caso em análise, não restam dúvidas de que existe uma colisão entre o direito à

19 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 392.

20 ADI nº 1407 MC

21 BARROS, Suzana de Vidal Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas aos direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 73.

vida e à diversidade cultural dos índios, de um lado, e, do outro, o direito de posse e/ou propriedade daqueles que ocupam as referidas terras.

A adequação, também denominada pertinência ou aptidão, reveste-se na escolha do meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público.

A necessidade (ou subprincípio da escolha do meio mais suave) implica a utilização dos meios nos limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja. Bem sintetiza esta noção a máxima proposta pelo publicista francês Xavier Philippe, citado por Paulo Bonavides, segundo a qual **“de dois males, faz-se mister escolher o menor”**.²²

Já a proporcionalidade em sentido estrito recai na escolha da solução que, no caso concreto, melhor contemporize os interesses em choque. Implica uma obrigação de fazer uso da medida mais adequada e uma interdição quanto ao uso de meios desproporcionais.

A Constituição prevê o direito à propriedade privada de forma geral, elencando, no decorrer do seu texto, várias exceções, a exemplo das requisições administrativas e desapropriações. Assim, as disposições constitucionais quanto às terras indígenas revestem-se de especialidade em relação à previsão geral, devendo, atendidos os seus requisitos, prevalecer.

Não se deve perder de vista que prevalência não equivale a supressão. A técnica hermenêutica da ponderação de interesses pressupõe o não aniquilamento de uma norma em face da outra, devendo existir uma compatibilização entre ambas. Quanto à questão específica das terras indígenas, a Constituição, também de forma apriorística, previu a contemporização dos direitos em lide, já que reconheceu o cabimento de indenizações pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Ademais, mesmo que a Constituição não fosse tão clara quanto aos direitos relativos às terras indígenas, ainda assim, lançando-se mão, mais uma vez, do princípio em comento, deveriam prevalecer os direitos dos índios, pois, a terra, em relação a estes, reveste-se de especial significado, extrapolando a mera noção de propriedade, comum à comunidade branca.

Deste modo, ao conferir especial tratamento às terras indígenas, a Constituição pretende, dentre outros objetivos, resgatar uma dívida histórica com os primeiros habitantes destas terras; propiciar as condições fundamentais para a sobrevivência física e cultural desses povos; e preservar a diversidade cultural brasileira, valores estes que se revestem de mais relevância do que o direito de propriedade.

Ademais, não se pode perder de vista que a expropriação da terra de um índio, mesmo aqueles semi-integrados, é muito mais traumática do que a expropriação de um não-índio, dado ao vínculo religioso, cultural e afetivo mantido com a terra.

Por fim, deve ser registrado que a preservação dos direitos indígenas perpassa pela proteção do patrimônio público, já que as terras por estes ocupadas constituem, conforme o art. 20, inciso XI, da Constituição, patrimônio da União.

7. REPERCUSSÕES INTERNACIONAIS

7.1. INTRODUÇÃO

A defesa dos direitos dos índios tem se firmado como tema de presença constante nas discussões de direito internacional público, com as pertinentes manifestações dos órgãos internacionais, a exemplo da Organização dos Estados Americanos – OEA.

A posição atribuída ao Estado, com o movimento de internacionalização dos direitos, o inclui na seara dos entes internacionalmente responsáveis, afastando, de modo gradativo, a preclusa idéia de que os conflitos ocorridos no território nacional se solucionam simplesmente pela atuação doméstica, não demandando a atividade externa.

Quando os direitos humanos são violados e tais infrações não são devidamente

22 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 397.

reprimidas pelos respectivos Estados, surge o interesse jurídico da comunidade internacional em reparar a referida (in)ação do poder público, utilizando-se, para tanto, dos mecanismos previstos nos inúmeros tratados internacionais já perfeccionados.

Essa responsabilização pode advir da emissão de leis, decisões judiciais ou atos administrativos que afrontem comandos internacionais, pouco importando, aos olhos dos tribunais e cortes não nacionais, que tais atos estatais estejam baseados em regras internas, pois, para estes órgãos, a análise da responsabilidade dos Estados se dá unicamente com base nas normas internacionais.

Note-se a seguinte preleção doutrinária a respeito de decisões judiciárias atentatórias ao direito internacional, lição que serve concomitantemente para leis e atos administrativos da mesma natureza:

“Na jurisdição interna, analisa-se se determinado indivíduo violou lei interna, por exemplo, cometendo certo delito. Para a jurisdição internacional, discute-se, por outro lado, a pretensa violação do Estado diante de suas obrigações internacionais, tendo o Direito Internacional como nova causa de pedir, podendo gerar decisão internacional oposta à decisão judicial interna.

A posição exposta acima é aceita pelas instâncias internacionais encarregadas de averiguar a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos.

Com efeito, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as instâncias internacionais não reformam a decisão interna, mas sim condenam o Estado infrator a reparar o dano causado.”²³ (grifou-se)

7.2. EVENTOS INTERNACIONAIS RELACIONADOS A DEMARCAÇÕES INDÍGENAS

O trato dado aos interesses indígenas tem alcançado forte acolhimento por parte da comunidade internacional, afigurando-se como objeto certo das disceptações entre as nações.

Primeiramente, deve-se adscrever o desassombro da Organização Internacional do Trabalho no exercício funcional de reduzir a escrito os direitos de cunho material que historicamente pertencem aos povos indígenas. Nessa esteira, editaram-se as Convenções n. 50, de 1936; 64, de 1939; 65, de 1939; 86, de 1947; 104, de 1955 e 107, de 1957.

Em 1989, a OIT editou a Convenção 169, contendo uma verdadeira declaração internacional dos direitos indígenas, a qual, por meio do Decreto Legislativo nº 143/2002, foi aprovada e inserida no ordenamento jurídico brasileiro. Esse diploma legal destina os artigos da *PARTE II – Terras* para dispor a respeito da estrutura ontológica *Índio-terra*, esquadrinhando, nestes termos, o desenho da atuação demarcatória do poder público, *verbis*:

“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.”

O comprometimento internacional em favor dos nativos resulta na elaboração e emissão de documentos oficiais, especialmente reconhecendo a necessidade de se demarcar os territórios pertinentes, como verdadeiro pressuposto à consagração de todos os outros direitos dos índios, para os quais a terra representa a própria vida.

No âmbito internacional, o Brasil firmou compromissos que o obrigam a continuar

23 RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 507.

com a política de demarcação de terras indígenas, conforme se denota dos trechos abaixo transcritos:

“Art. 1º. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.” (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos)

“Art. 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua” (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos)

“Art. 11. Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:

a) assassinato de membros do grupo;

b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

*c) **submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;***

d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.” (Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio) (grifou-se)

“Art. 1º. Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.” (Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica)

Com esteio nesses instrumentos consensuais, viabiliza-se a cobrança do adimplemento pelo Brasil das obrigações assumidas.

Interessante anotar a menção feita por Flávia Piovesan²⁴ ao Caso 7615, submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, em que o Estado brasileiro foi acusado de violar direitos constantes da Declaração Americana (v.g.: direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade perante a lei, à saúde e bem estar, à educação), por desrespeitar o direito indígena ao usufruto exclusivo das suas terras, aprovando um plano de exploração das riquezas naturais e de desenvolvimento da região Amazônica (construção da estrada BR-210). Processada a petição, verificou-se a ocorrência dos fatos narrados, determinando-se ao requerido a efetivação dos direitos dos índios prejudicados.

Lembrando outro fato concreto, importante mencionar o caso Raposa Serra do Sol. Aqui, a situação dos aborígenes foi objeto de estudo e investigação da CIDH, que reconheceu, apesar dos avanços obtidos pelos indígenas na década de 90, o seguinte:

“(…) a procrastinação e dificuldades no reconhecimento da integridade do povo Macuxi e da plena posse de suas terras, assim como a criação de municípios que se sobrepõem às mesmas e que debilitam suas autoridades e estruturas tradicionais, denotam a incapacidade do Estado brasileiro para defender estes povos das invasões, abusos de terceiros e de combater as pressões políticas e de policiais estaduais para reduzir sua plena segurança e gozo de direito” (Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil – 1997).

24 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 282.

Por outro lado, atente-se para o fato de que, apesar de haver a localização de pontuais desrespeitos aos direitos atinentes à demarcação de terras indígenas, o Estado brasileiro tem recebido, ao mesmo tempo, notícias do seu significativo empenho em prol dos autóctones, citando-se, v.g., a recente vitória do Brasil, em que a CIDH reconhece, em Nota à Imprensa, o cumprimento de obrigações internacionais, como se transcreve literalmente:

“A CIDH EXPRESSA SATISFAÇÃO PELA HOMOLOGAÇÃO DE TERRAS EM BENEFÍCIO DOS POVOS INDÍGENAS INGARIKÓ, MAKUXI, TAUREPANG E WAPIXANA, DE RORAIMA, BRASIL. MAIO 3, 2005

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) expressa sua satisfação porque foi homologada a demarcação da área denominada Raposa do Sol, em benefício dos povos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang e Wapixana no Brasil.

Em 15 de abril de 2005, o Presidente da República assinou o Decreto de Homologação reconhecendo a posse permanente aos povos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang e Wapixana sobre uma superfície de aproximadamente 1.7 milhões de hectares, situada nos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, Estado de Roraima.

Esta ação do Governo do Brasil ocorre no contexto de uma petição e de medidas cautelares que atualmente estão tramitando perante a CIDH, e neste sentido a Comissão continuará observando o desenrolar da situação.

A Comissão confere valor especial a este tipo de ação de reconhecimento do direito dos povos indígenas a seus territórios.”²⁵

Subsidiado com tais informações, resta evidente a consolidada responsabilidade assumida pelo Estado brasileiro no contexto internacional, já havendo precedentes de punição neste ramo do direito.

Impelido pela comoção das nações em relação ao temário silvícola, a CIDH está atualmente promovendo a elaboração do Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, o qual já foi aprovado pela própria Comissão em 26 de fevereiro de 1997. O trabalho, contudo, não está concluído, sendo continuamente analisado pelos Estados-membros da OEA, os quais contribuem no aperfeiçoamento do diploma.

Por todo o exposto, nota-se a inadiável configuração do Brasil como ente detentor de responsabilidade internacional, sendo passível de condenações, devendo-se, portanto, implementar, com brevidade, o cumprimento das obrigações assumidas em tratados internacionais por todos os elementos do Estado brasileiro (Poder Executivo, Poder Judiciário, Poder Legislativo e Ministério Público).

8. DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS PARA A SEGURANÇA NACIONAL

8.1. INTRODUÇÃO

Alínea normalmente argüida em desfavor da atuação demarcatória da União é a possibilidade de prejuízo para a segurança nacional, quando a área indígena a ser demarcada faz intersecção com o território de fronteira, o que, supostamente, impediria o trânsito das Forças Armadas e da Polícia Federal na região demarcada, afetando o monitoramento oficial dessa região.

Essa afirmação não encontra substrato sólido, ruindo pelo afluxo de vários elementos, de natureza jurídica e técnica.

25 Comunicado de Imprensa nº 18/05.

8.2. HARMONIZAÇÃO DE INTERESSES – CONJUNTO NORMATIVO

Considerando a necessidade que todos os ramos do Direito apresentam em ter uma premissa lógica fundante, a partir da qual é construída a sistematização geral da matéria, pode-se afirmar que, tratando-se de terras indígenas, o princípio é o da máxima proteção e da intangibilidade desses territórios, conforme redonda da leitura conjunta do art. 231, CF, e do art. 38 da Lei nº 6.001/73.

Entretanto, dada a inviabilidade de absolutismos dentro do sistema jurídico nacional, existem outros bens jurídicos valorados pelo legislador que, eventualmente, podem vir a tatear a mencionada proteção dada em benefício dos silvícolas.

O próprio Estatuto do Índio traz disposições nesse sentido, gizando, por exemplo, a presença da força policial em tais áreas (art. 28, §2º), como forma prática de adimplir a obrigação dos entes federados em garantir aos índios a permanência voluntária no seu *habitat* (art. 2º, V, Lei nº 6.001/73) e garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes (art. 2º, IX, Lei nº 6.001/73).

A presença estatal nos territórios especialmente reservados não configura, portanto, um desrespeito aos direitos indígenas. De outra margem, a demarcação de terras indígenas em área de fronteira não consubstancia prejuízo à segurança nacional.

Que a defesa preservacionista dos silvícolas deve ser efetivada, não se contesta. Por outro lado, para que a União promova essa defesa territorial e a defesa de todos os outros demais direitos titularizados pelos indígenas, necessária é a sua presença, mesmo que discreta, em mencionados trechos espaciais. Aflora inviável a satisfação, à longa distância, das específicas injunções legais e constitucionais do Estado Brasileiro. As mãos do poder público devem estar fisicamente presentes para que os índios, que são brasileiros, possam gozar de direitos como usufruto exclusivo das terras ocupadas, saúde e educação.

Insira-se, aqui, a suma importância na manutenção da segurança nacional, através do patrulhamento da fronteira nacional efetuado pelas Forças Armadas e pela Polícia Federal (art. 142, CF), bem jurídico que, por sua natureza, demanda cautelas especiais.

Nessa altura, surgem questionamentos e manifestações judiciais a respeito do aparente confronto entre a segurança nacional e a intangibilidade das terras indígenas. Qual bem jurídico deve predominar?

A questão é delicada, mas encontra solução no ordenamento normativo brasileiro.

Inicialmente, observe-se a Portaria nº 020 – EME, de 2 de abril de 2003, emitida pelo Chefe do Estado-Maior do Exército, que *“aprova a Diretriz para o relacionamento do Exército Brasileiro com as comunidades indígenas”*:

“3. PREMISSAS BÁSICAS

a. *O Exército Brasileiro reconhece os direitos dos índios e mantém, historicamente, um excelente relacionamento com as comunidades indígenas, tendo o Marechal Rondon como o paradigma desse relacionamento.*

b. *É de interesse da Força Terrestre manter um estreito relacionamento com as comunidades indígenas em todo o território nacional, particularmente na Amazônia, para complementar a estratégia da presença na região.*

(...)

4. ORIENTAÇÃO GERAL

(...)

c. *Por conhecer melhor a região onde vive e estar a ela perfeitamente adaptado, o índio pode constituir-se em um valioso aliado na obtenção de dados sobre a região, nas operações e nas ações rotineiras da tropa.”*

Complementando o conteúdo traçado pelas linhas anteriores, colacionam-se trechos da Portaria nº 983/CPE/SPEAI/MD, de 17 de outubro de 2003, do Ministério da Defesa,

que “Aprova a Diretriz para o relacionamento das Forças Armadas com as comunidades indígenas”:

“3. ORIENTAÇÃO GERAL

(...)

Nesse contexto, as Forças Armadas, quando da atuação em terras ocupadas por indígenas, adotarão, nos limites de suas competências e sem prejuízo do exercício de suas atribuições constitucionais e legais, medidas de proteção da vida e do patrimônio do índio e de sua comunidade, de respeito aos usos, costumes e tradições indígenas e de superação de eventuais situações de conflito ou tensão envolvendo índios ou grupos indígenas.

É fundamental, pois, que todos os escalões das Forças Armadas compreendam que os índios são nativos da terra e que lhes são reconhecidos os costumes, sua organização social, a língua, as crenças e as tradições, além dos direitos originários sobre as terras que, tradicionalmente, ocupam. Cabe à União demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens, devendo as Forças Armadas, dentro das competências a elas atribuídas, cooperar com a demarcação e praticar formas de participação e apoio destinadas a melhorar a sobrevivência e as condições de vida das comunidades indígenas.

(...)

4. ORIENTAÇÃO ESPECÍFICA

(...)

As Forças Armadas têm um comprometimento histórico com a unidade nacional e são garantes, em última instância, da lei e da ordem. Nesse sentido, têm elas o dever de evitar fissuras ou fraturas na seio da sociedade brasileira. Por essa razão, **a presença das Forças Armadas nas terras indígenas é benéfica à defesa dos direitos daqueles brasileiros ante possíveis agressões culturais e físicas.** Ademais, as Forças Armadas cumprem o dever de manter a integridade e a soberania nacionais, respaldadas pela Constituição e pelo Decreto 4.412, de 7 de outubro de 2002, que regulamenta a presença de tropas federais nas terras indígenas e sobre o qual nada há o que questionar.

(...)

A questão da demarcação das terras indígenas, como é sabido, não está afeta ao Ministério da Defesa. Esta questão deve ser equacionada de maneira compatível com a necessidade de que as Forças Armadas estejam presentes em qualquer parte da fronteira, seja terra indígena ou não, respeitando, obviamente, os costumes, tradições e as leis que protegem aqueles cidadãos brasileiros.” (grifou-se)

No mesmo sentido, efetuou-se a regulamentação do exercício das atribuições constitucionais e legais das Forças Armadas e da Polícia Federal em unidades de conservação (Decreto nº 4.411/2002) e nas terras indígenas (Decreto nº 4.412/2002), ressaltando-se o franco acesso desses órgãos públicos aos trechos territoriais especialmente protegidos.

“Art. 1º. No exercício das atribuições constitucionais e legais das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras tradicionalmente ocupadas por indígenas estão compreendidas:

I - **a liberdade de trânsito e acesso**, por via aquática, aérea ou terrestre, de militares e policiais para a realização de deslocamentos, estacionamentos, patrulhamento, policiamento e demais operações ou atividades relacionadas à segurança e integridade do território nacional, à garantia da lei e da ordem e à segurança pública;” (Decreto nº 4.412/02) (grifou-se)

Reforçando a necessidade da presença do Estado em territórios indígenas, não só no trato da segurança nacional, mas, também, na garantia de direitos fundamentais desses brasileiros, exsurtem atos administrativos reveladores da salutar constância estatal nessas localidades. Citem-se o Decreto nº 26, de 4 de fevereiro de 1991, disciplinando matéria pertinente à educação indígena, e o Decreto nº 3.156, de 27 de

agosto de 1999, focando a assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

Ainda analisando os diplomas normativos pertinentes, atente-se para o conteúdo da Lei nº 6.634/79, que dispõe sobre a faixa de fronteira. Muitas vezes colhem, neste documento legislativo, pretensos obstáculos à convivência harmoniosa entre o mencionado trecho fronteiro e as terras indígenas.

O óbice maior seria a obrigatoriedade da participação consultiva do Conselho de Defesa Nacional em todos os processos de demarcação, com esteio no art. 91, §1º, III, CF, e no art. 2º, Lei nº 6.634/79.

Primeiramente, afaste-se a aplicação, na presente seara, do art. 2º da Lei nº 6.634/79, pelos seguintes motivos:

a) o restritivo rol de situações deste dispositivo legal não abrange a *demarcação de terras indígenas*; e

b) o *caput* deste cânone faz referência ao “Conselho de Segurança Nacional”, órgão inexistente na atual estrutura constitucional, cujo entendimento vinculava a atuação do Presidente da República. Na Constituição Federal de 1988, há o “Conselho de Defesa Nacional”, cuja função é meramente opinativa.

Entrementes, as letras do art. 91, §1º, III, CF são iniludíveis, firmando a necessidade da participação do Conselho de Defesa Nacional. Em consequência, tal orientação foi acolhida em ato regulamentador, consoante emerge do Decreto nº 4.412/02, o qual dispõe sobre a obrigação das Forças Armadas e da Polícia Federal encaminharem previamente à Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional um plano de trabalho relativo à instalação de unidades militares e policiais. Assim, o comando constitucional logra respeito, solapando-se quaisquer alusões de inconstitucionalidade.

Nessa esteira, acoste-se o Parecer GQ – 81, Consultoria-Geral da União, Processo nº 00002.001930/94-14:

*“6. Reexaminada a questão com mais vagar, penso, hoje, **não ser necessária a ouvida do Conselho de Defesa Nacional.** Esse novo entendimento funda-se no fato de que ao ilustre Conselho compete propor critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional, opinando sobre o seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira. Ora, quando se trata de áreas indígenas, os critérios e as condições de utilização delas pelos índios são precisamente os que estão fixados na Constituição federal, no capítulo VIII do Título VIII (arts. 231 e 232). Nenhuma margem, pois, sobra ao douto Conselho nesse campo.*

7. (...) Assim, conquanto não necessária, pode o Presidente da República entender conveniente consultá-lo, principalmente à vista do que o Exmo. Sr. Ministro de Estado Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas relatou no Aviso n. 3.157, de 25.10.1993, ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça.

*8. FORÇAS ARMADAS – **As forças de segurança do País já deixaram transpirar certa preocupação diante da oposição que existiria no seio da FUNAI à supervisão das fronteiras pelas Forças Armadas, quando as terras indígenas se situam nessa área.***

Se realmente existente, é exclusivamente fáctica tal atitude, sem que encontre suporte constitucional. Com efeito, a tarefa de defesa da Pátria, missão constitucional precípua das Forças Armadas (art. 142), não pode sofrer limitações nem mesmo legais. A faixa de fronteira, também por expressa previsão constitucional, ‘é considerada fundamental para defesa do território nacional’ (art. 20, § 2º).” (grifou-se)

O Decreto-Legislativo nº 143 de 20 de junho de 2003, aprovando a Convenção 169 da OIT, inseriu no ordenamento pátrio a seguinte regra, sinalizando a utilização de área de fronteira por índios:

*“Artigo 32. Os governos deverão adotar medidas apropriadas, inclusive mediante acordos internacionais, para facilitar **os contatos e a cooperação entre povos***

indígenas e tribais através das fronteiras, inclusive as atividades nas áreas econômica, social, cultural, espiritual e do meio ambiente.” (grifou-se)

Some-se que o Projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas, com corrimento na Organização dos Estados Americanos - OEA, após garantir uma série de direitos aos índios traz menção especial referente à faixa fronteira:

“**PREÂMBULO**

6. ***A segurança e as áreas indígenas***

Reafirmando que, nas áreas indígenas, as forças armadas devem limitar sua atividade ao desempenho de suas funções e não devem ser causa de abusos ou violações dos direitos dos povos indígenas;” (grifou-se)

“**Artigo XXV.**

Esta Declaração nada contém que implique a concessão de direito algum a desconsiderar fronteiras entre Estados.” (grifou-se)

Por todo o exposto, conclui-se que as terras indígenas e a faixa de fronteira comungam da possibilidade jurídica de convivência, num mesmo espaço territorial, desde que sejam adotadas as medidas pertinentes, tomadas as cautelas devidas, ou seja, podem elas coexistir, dentro dos parâmetros e limites constitucionais e legais.

8.3. DADOS TÉCNICOS – MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA NACIONAL

Espraiados os seres jurídicos no item anterior, invoquem-se os dados técnicos indicativos da salutar simbiose existente entre os índios da fronteira e a segurança nacional, sotopondo a errônea idéia de que a presença indígena em faixa de fronteira representaria prejuízos à segurança nacional.

As manifestações da FUNAI contêm forte elemento argumentativo em prol da manutenção dos índios em mencionados trechos de terra:

“A efetivação do direito territorial indígena e a preservação dessas populações em seus locais tradicionais têm sido, e continua sendo, nos tempos atuais, uma garantia da integridade dos limites territoriais brasileiros. É exemplo irrefutável a posição tomada pelos Kampa (ou Ashaninka) da TI Kampa do Rio Amônia – AC, os quais, mesmo se indispondo com os parentes do lado peruano, acionaram, no final do ano 2000, as autoridades brasileiras e deram todo o apoio possível à suspensão da retirada de madeira e abertura de mais uma rota ao tráfico internacional de drogas em seu território.

(...)

*Por muito tempo se quis impedir ou protelar a demarcação das terras indígenas, com a desculpa de que se estaria pondo em risco a segurança nacional, tese que acabou sendo desmentida com o tempo, pois, ao contrário, o avanço nas medidas de regularização destas terras serviu para assegurar o direito dos índios, para pôr fim a conflitos pela posse da terra, os quais muitas vezes se estendem por décadas, e para garantir a integridade territorial brasileira. É preciso lembrar que as terras indígenas são patrimônio da União, diversamente da grande quantidade de terras de particulares que estão sendo transferidas para estrangeiros, a exemplo das madeiras asiáticas.”*²⁶

Como se observa, a demarcação de terras indígenas fomenta a segurança nacional, não só em decorrência da presença dos silvícolas, como, também, por finalizar antigos e intrincados conflitos agrários.

Muito ao revés, o fator que realmente representa forte perigo à segurança nacional é a extrusão ilegítima dos índios de suas respectivas terras, pois, propiciam um clima de convulsão social (dada a resistência que certamente os índios oporiam à exclusão), além de predispor as comunidades indígenas a doenças e a corrosão cultural, pelo pouco grau

26 Fundação Nacional do Índio. **Índios do Brasil: as terras indígenas.** Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/indios/terras/conteudo.htm>>. Acesso em: 27 set. 2005.

de interação com o mundo urbano.

Logo, a manutenção das populações indígenas em seus respectivos espaços é premissa da segurança nacional, devendo ser registrado que a Polícia Federal e o Exército Brasileiro, com espede nos diplomas normativos supramencionados, vêm coordenando um plano de manutenção da ordem, que até o presente momento se mostrou completamente bem sucedido.

A resolução dos problemas atinentes à questão indígena, alcançável pela cabal efetivação dos direitos dos silvícolas, sintetiza uma essencial coluna do monumento jurídico denominado segurança nacional, pois, extirpa os efeitos nocivos da instabilidade vivida pelos nativos.

Os dados são claros. Conforme noticia a Justiça Global, organização não-governamental encravada na estrutura da *International Federation for Human Rights*,²⁷ no período de dez anos (1992-2002), foram assassinados 277 indígenas, atribuindo-se o aumento do número de mortes ao recrudescimento das ações anti-demarcatórias.

Por todo o exposto, conclui-se que, no aspecto normativo, há instrumentos jurídicos hábeis à consecução do êxito na demarcação de terras indígenas, mesmo em relação àquelas glebas situadas na faixa de fronteira. Ademais, constitui fato eficiente à promoção da segurança nacional a presença dos autóctones em zona de fronteira, especialmente quando baseada em regular procedimento demarcatório.

9 - DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS PARA A PRODUÇÃO AGROPECUÁRIA

9.1 – INTRODUÇÃO

Um dos argumentos utilizados na oposição aos movimentos demarcatórios no Brasil se configura na afirmação de que as demarcações propiciariam prejuízos à produção agropecuária, pois, comparando-se os índices de produtividade alcançados pelos índios e pelos não-índios, constatar-se-ia uma diferença em desfavor da população indígena, que, supostamente, seria menos produtiva.

Antes de debater diretamente sobre o tema epigrafado, proceder-se-á à análise de alguns pontos que lhe são prejudiciais.

9.2 - NÃO CONFIGURAÇÃO DA PRODUÇÃO AGROPECUÁRIA COMO REQUISITO JURÍDICO – PRODUTIVIDADE SOB O CRITÉRIO INDÍGENA

Inicialmente, tendo em vista o teor jurídico desse escrito, necessário se faz infirmar o poder retórico do argumento supramencionado, esclarecendo-se que o ordenamento jurídico brasileiro, em matéria indígena, **não elegera como requisito de viabilidade das demarcações o alcance de metas de produtividade agropecuária pelos interessados.**

Nessa específica seara do Direito, inexistem dispositivos normativos exigindo dos índios a demonstração da sua envergadura de produção para que logrem êxito em seus anseios territoriais. Portanto, a suscitação dessa matéria em juízo se configura impertinente, dado ser tema estranho ao regramento jurídico nacional.

De fato, o conjunto normativo vigente estabelece parâmetros especiais em benefício dos índios, estatuidando que o uso e usufruto das suas terras serão livremente determinados por eles mesmos, sem qualquer interferência do Poder Público ou de particulares, devendo-se assegurar “a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência” (art. 2º, IV, Lei nº 6.001/73).

Nesse âmbito, não se aplicam a visão nem os valores empresariais pautados em

27 A questão indígena. In: **Direitos humanos no Brasil**: 2003. Relatório anual do Centro de Justiça Global. Rio de Janeiro. Justiça Global, 2004. p. 63-75. Disponível em: <<http://www.global.org.br/portuguese/arquivos/JGRA2003.pdf>> Acesso em: 03 out. 2005.

índices, percentagens e grandezas econômicas. O foco cognitivo é peculiar, demandando-se adicionar ao entendimento tradicional a idéia de que a terra para o índio não é apenas um bem imóvel capaz de produzir riquezas monetizáveis. Para o silvícola, esse bem vai além da subsistência física e permeia a própria composição da sua personalidade humana, encontrando no movimento e na liberdade que a terra lhe propicia o que o homem “de roupas” encontra no poder e no dinheiro. A propósito, afirma Marcos Juruena Villela Souto que:

“Não se pode, pois, comparar coisas absolutamente distintas, utilizando-se a cultura e a noção de espaço que o homem urbano ou civilizado possui. O índio não cultiva a terra, indo, constantemente, em busca de novos bens da natureza; sua necessidade de movimentação é, pois, bem maior que a do homem civilizado, sem falar nas desavenças tribais, que impõem um distanciamento entre eles, e a própria fragilidade de sua saúde, que justificam um afastamento das moléstias da civilização (às quais ele não conseguiria reagir).

(...)

Resulta daí que a noção de metro quadrado exigido pelo índio é bem diversa daquela conhecida pela civilização urbana, causando, na maioria das vezes, perplexidade e inconformismo com as restrições impostas pelos atos demarcatórios das terras.”²⁸

Adicione-se a inserção recente, no ordenamento legal pátrio, da Convenção nº 169 da OIT, aprovada pelo Decreto-Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, que, dentre os seus vários dispositivos vem reforçar a liberdade de escolha que os índios têm em determinar os seus modos de subsistência, produção e desenvolvimento, não podendo ser reflexamente penalizados pelo simples fato de que outros indivíduos conseguem produzir mais em um mesmo espaço de terra.

“Artigo 7º

*1. Os povos interessados deverão ter o **direito de escolher** suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.” (grifou-se)*

O projeto da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, elaborado pela Organização dos Estados Americanos – OEA, prevê, dentre outras garantias, o seguinte:

“Artigo XV. Direito de autogoverno

*1. Os povos indígenas têm direito a determinar livremente seu status político e a **promover livremente seu desenvolvimento econômico, social, espiritual e cultural** e, por conseguinte, têm direito à autonomia ou autogoverno em relação a vários assuntos, inter alia cultura, religião, educação, informação, meios de comunicação, saúde, habitação, emprego, bem-estar social, atividades econômicas, administração de terras e recursos, meio ambiente e ingresso de não-membros, bem como a determinar os recursos e meios para financiar essas funções autônomas.” (grifou-se)*

“QUINTO CAPÍTULO. DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E DE PROPRIEDADE

4. Os povos indígenas têm direito a uma estrutura legal efetiva de proteção a seus direitos aos recursos naturais de suas terras, inclusive no tocante à capacidade de usar, administrar e conservar tais recursos e no que tange aos usos tradicionais de suas terras e a seus interesses em terras e recursos, como os de subsistência.”

28 SOUTO, Marcos Juruena Villela. **O controle jurisdicional de atos demarcatórios de áreas indígenas**. v. 83, n. 706, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 1994, pp. 264-265.

“Artigo XXI. Direito ao desenvolvimento

1. Os Estados reconhecem o direito dos povos indígenas a decidir democraticamente a respeito dos valores, objetivos, prioridades e estratégias que presidirão e orientarão seu desenvolvimento, **ainda que os mesmos sejam distintos dos adotados pelo Estado nacional ou por outros segmentos da sociedade**. Os povos indígenas terão direito a obter, sem discriminação alguma, os meios adequados para o seu próprio desenvolvimento, de acordo com suas preferências e valores, e de contribuir, por meio das formas que lhes são próprias e como sociedades distintas, para o desenvolvimento nacional e para a cooperação internacional.” (grifou-se)

Pelo exposto, conclui-se que, juridicamente, é de presença relevante e incontestável a liberdade do índio na escolha do seu desenvolvimento econômico e dos seus parâmetros, inclusive, na agropecuária. Já em relação aos índices de produtividade alegados em ações judiciais propostas contra as demarcações, não há notícias de que atos normativos os tenham escolhido como ponto ápice de definição de questões indígenas.

9.3 - IRREGULARIDADE DA PRODUÇÃO AGROPECUÁRIA ALEGADA PELOS OCUPANTES DE TERRAS INDÍGENAS - “NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS” - DIREITO À INDENIZAÇÃO

Ainda destacando pontos logicamente anteriores ao tratamento direto do presente tópico (inexistência de prejuízos à produção agropecuária), observe-se que a resistência baseada no fato de que as demarcações de terras ensejam queda na produção agropecuária não só traz à baila um elemento estranho aos requisitos jurídicos próprios do direito indígena, como também oferta uma confissão de inconstitucionalidade e ilicitude.

A amálgama normativa resultante do afluxo dos dispositivos magnos e infraconstitucionais pertinentes (art. 231, §2º, CF c/c art. 18, §1º, Lei nº 6.001/73) demonstra claramente que o usufruto das terras indígenas é **exclusivo** dos índios, sendo vedado, nessas áreas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de **atividade agropecuária** ou extrativa.

Logo, **qualquer atividade agropecuária exercida por não-índios nos mencionados territórios é inconstitucional e ilegal**, mesmo que apresente colossais índices de produção.

Grife-se: o índice de produção agropecuária não é elemento juridicamente exigido nas questões indígenas!

Agora, se tal assertiva é aduzida, urge considerar-se a mesma insubsistente, dada a irregularidade da atividade alegada, enquadrando-se a situação no regramento dado pelo princípio jurídico de que *não é dado a ninguém alegar a sua torpeza em seu benefício (nemo auditur propriam turpitudinem allegans)*. A tentativa de arrefecer a atuação do Estado na proteção dos índios com base em índices de produtividade consigna a afirmação da torpeza da própria atividade agropecuária exercida. Não pode, portanto, ser levada em consideração em benefício do infrator. Pouco importa se houve pouca ou muita produção. Importa que aludida exploração da terra por não-índio é inconstitucional e ilegal.

Ironicamente, a produção, que é largamente utilizada como elemento de combate contra as demarcações, constitui a prova material da infração à lei, infração essa que, pelo extenso arcabouço normativo desrespeitado, provoca efeitos legais, dentre os quais se cita o direito à indenização pelos danos causados aos índios.

Ora, se alguém, inconstitucional e ilegalmente, utilizou-se da propriedade alheia, quando é cediço que o usufruto das terras indígenas é exclusivo dos índios, exsurge a obrigação de satisfazer, em plenitude, a este direito, dirigindo aos prejudicados silvícolas

os instrumentos jurídicos compatíveis com o restabelecimento da ordem normal dos institutos. Em especial, se não-índios retiraram produção agropecuária de maneira ilegal, tal riqueza foi ilegítimamente apropriada, o que gera, por direito, o retrocesso dos eventos, beneficiando os indígenas com as quantias logradas. *Mutatis mutandi*, aplica-se o conteúdo normativo do art. 45, §1º, da Lei nº 6.001/73.

Assim, antes de beneficiar os interesses contrários às demarcações de terras indígenas, a alegação da ocorrência de enormes produções agropecuárias em tais localidades geográficas serve tão-só para dimensionar o tamanho da ilicitude praticada e a intensidade dos prejuízos que os índios sofreram ao serem preteridos no seu direito ao usufruto exclusivo.

9.4 - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

No prado da função social da propriedade, deve-se excluir a idéia de que os índios, pela utilização normal que fazem da terra, não cumprem a função social da propriedade, pois, pretensamente distantes dos índices de produtividade alcançados pelos tradicionais proprietários, deixariam vários hectares de terra ociosos.

Muito ao revés, a utilização da terra pelos índios satisfaz os requisitos da função social da propriedade, com os temperamentos peculiares que tais indivíduos merecem, dada a sua cultura e os seus valores.

O conceito constitucional de função social da propriedade (art. 186, CF) encontra abrigo tranqüilo nas terras indígenas porque há: (1) o aproveitamento racional e adequado à terra, dentro do valor e dos usos que normalmente são feitos pelos índios; (2) a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente; e (3) exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

9.5 - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS PARA A PRODUÇÃO AGROPECUÁRIA – PRODUTIVIDADE INDÍGENA

Como já aventado, a afirmação de que a fixação de marcos em prol das comunidades indígenas provocaria prejuízos para a produção agropecuária tem sido manuseada constantemente contra a política demarcatória, consubstanciando um perigoso tentamen de constituir uma nova ferramenta jurídica sem previsão legal e, mais grave ainda, sem confirmação na realidade técnica.

A contestação à avocada “lenda” de que os índios são necessariamente improdutivos, ou melhor, menos produtivos que os homens não-índios encontra várias vozes nacionais e internacionais.

Os componentes dessa impugnação se revestem por temas de presença obrigatória nas discussões de maior importância, a exemplo da preservação ao meio ambiente.

O raciocínio se baseia na imbricação existente entre a proteção aos povos indígenas e a conseqüente preservação do meio ambiente, do gigantesco patrimônio biológico e do conhecimento indígena relativo a este patrimônio.

A FUNAI, de sua margem, convence com fortes e concretos elementos técnicos:

“Por exemplo, as sociedades indígenas da Amazônia conhecem mais de 1.300 plantas portadoras de princípios ativos medicinais e pelo menos 90 delas já são utilizadas comercialmente. Cerca de 25% dos medicamentos utilizados nos Estados Unidos possuem substâncias ativas derivadas de plantas nativas das florestas tropicais. Por isso a preservação dos territórios indígenas é tão importante, tanto do ponto de vista de sua riqueza biológica quanto da riqueza cultural.

Distribuídos por diversos pontos do País e vivendo nos mais diferenciados biomas-floresta tropical, cerrado etc. - os povos indígenas detêm um profundo conhecimento sobre seu meio ambiente e, graças às suas formas tradicionais de utilização dos

recursos naturais, garantem tanto a manutenção de nascentes de rios como da flora e da fauna, que representam patrimônio inestimável.

(...)

A idéia que se procura propagar com esse tipo de argumentação é a de que, com a regularização das terras indígenas, estar-se-ia reduzindo a quantidade de terras disponíveis para a agricultura e outras atividades econômicas, resultando em escassez de terras para os trabalhadores rurais não-indígenas. Por trás deste argumento agrega-se a crença de que as terras indígenas são improdutivas, o que já está há muito desmentido. Registra-se como exemplo que, sendo paralisada a produção indígena, o mercado local da Amazônia Legal, haverá, indubitavelmente, fome, mesmo que haja disponibilidade de abastecimento vindo de fora da área. Os custos estariam fora da capacidade financeira da população e as vias de acesso são um empecilho ao pronto abastecimento.

Além disso, estatísticas elaboradas pelo INCRA mostraram claramente que, somando-se as terras aproveitáveis e não-exploradas existentes em todos os estados do Brasil, atingiu-se um total de 185 milhões de hectares, o que corresponde, aproximadamente, ao dobro de todas as terras indígenas. Logo, é a extrema concentração da propriedade fundiária em mãos de poucos membros da sociedade brasileira e sua má ou falta de utilização que levam a larga margem da população rural a não dispor de terras para trabalhar, e não a grande extensão dos territórios indígenas”²⁹

Como é evidente, se a preservação do meio ambiente é pressuposto da própria manutenção da atividade agropecuária (manutenção de nascentes de rios, equilíbrio ecológico, etc.), a manutenção do índio em seu *habitat*, por promover a proteção ambiental, acaba por ser reflexamente um elemento propulsor da agropecuária.

A presença indígena não é nociva ao desenvolvimento econômico. Pelo inverso, há um forte elemento lógico que demonstra ser aquela presença indispensável (*sine qua non*) a este desenvolvimento.

A obtenção de tal enlace, conforme se denota da leitura de trecho do Projeto Legislativo (H.R. 1596) apresentado à Câmara dos Deputados dos Estados Unidos da América, sobre a proteção das populações indígenas:

“(4) Além disso, perder-se-á um imenso depósito não-documentado de conhecimentos ecológicos, biológicos e farmacológicos, bem assim como um acervo incomensurável de expressão cultural, social, religiosa e artística, que juntos constituem parte do patrimônio coletivo da espécie humana.”

“(6) Em muitos casos, uma política de desenvolvimento imprevidente, que resulta na destruição dos recursos naturais, representa uma grave ameaça à sobrevivência física dos povos indígenas e tribais, assim como à sua autonomia cultural, minando também, com freqüência, a possibilidade de desenvolvimento econômico sustentável a longo prazo.”³⁰

Como demonstrado, a falsa e propalada idéia de que o índio é improdutivo pelo simples fato de ser índio não encontra sustento fático, havendo, inclusive, documento oficial exarado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, com aprovação em 29.09.1997, afirmando a produtividade de uma específica comunidade indígena brasileira, constituindo mais um elemento de convicção.³¹

Outra idéia que, paulatinamente, tende a ser rechaçada do grupo das “verdades infundadas” é a de que “existe muita terra para pouco índio”. A musicalidade desta corrente e desarrazoada expressão se contrapõe à existência de conteúdo da mesma,

29 Fundação Nacional do Índio. **Índios do Brasil: as terras indígenas**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/indios/terras/conteudo.htm>>. Acesso em: 27 set. 2005.

30 Projeto de lei na Câmara dos Deputados dos Estados Unidos da América sobre proteção das populações indígenas no mundo. Revista de Informação Legislativa, v. 28, n. 111, p. 425-428, jul./set. 1991.

31 Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil – 1997.

pois, em estudo apresentado na XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, constatou-se uma enorme concentração de terras, que, diga-se, não são indígenas. Veja-se:

“- aos 20 maiores fazendeiros do país, possuidores, juntos, de um total de 20.291.412 ha (vinte milhões, duzentos e noventa e um mil, quatrocentos e doze hectares);

- ou ao fato de haver no Brasil 75 imóveis (nenhum deles terra indígena), que juntos somariam 24.047.669 (vinte quatro milhões, quarenta e sete mil, seiscentos e sessenta e nove hectares), ou 7,3% da superfície do país;

- ou ainda ao fato de haver fazendeiros, como o empreiteiro Cecílio do Rego Almeida (também não se trata de nenhum indígena) adquirindo de uma só vez 4 milhões de hectares, em Altamira – PA, e o paulista Aparecido Dotto, dono de 2,1 milhões de hectares.”³²

Portanto, restam abatidas as ilações a respeito do preconceituoso entendimento de que os índios, simplesmente por serem índios, são improdutivos. A produtividade não é um atributo congênito, devendo ser avaliada caso a caso, levando-se em conta os valores culturais das comunidades indígenas.

Por todo o exposto, conclui-se que:

1 – O índice de produção agropecuária não consta do rol de requisitos jurídicos exigidos pelo Direito brasileiro nas questões demarcatórias;

2 – A análise de produtividade em relação às terras indígenas deve ser efetuada valorativamente, levando-se em conta as necessidades fisiológicas e culturais próprias do índio, afastando-se a limitada e quantitativa avaliação tradicional que considera apenas os números de produção;

3 – A produção agropecuária retirada por não índios dos territórios dos silvícolas é inconstitucional e ilegal, não podendo, portanto, servir de argumento contra as demarcações (“*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”);

4 – A produção de bens nas glebas reservadas causa prejuízos aos indígenas, os quais têm em seu favor o respectivo direito à indenização;

5 – O uso normal dado pelos autóctones à terra satisfaz as condições de configuração da função social da propriedade; e

6 – A suposta improdutividade das populações indígenas, pelo simples fato de serem indígenas, não tem encontrado respaldo em avaliações técnicas efetuadas por órgãos nacionais e internacionais.

10 - RESPONSABILIZAÇÃO DA UNIÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTE DA EXPROPRIAÇÃO DE OCUPANTES DE ÁREAS INDÍGENAS

10.1 – INTRODUÇÃO

Conforme os ensinamentos da professora Odete Medauar³³, a responsabilidade extracontratual do Estado refere-se à obrigação a este imposta de reparar danos causados aos administrados em decorrência de suas atividades e omissões.

Em um primeiro momento histórico, prevaleceu a irresponsabilidade estatal, pautada no argumento de que “*le roi ne peut mal faire*”. Desta fase, evoluiu-se para a responsabilidade estatal transubjetiva, reconhecendo-se o dever de indenização estatal pelos atos de gestão (atuação equivalente a dos particulares), em contraponto aos atos de império (relacionados à soberania), estes últimos insuscetíveis de gerar responsabilização. Posteriormente, passou-se a responsabilizar o Estado mediante a comprovação de dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente

32 FEITOSA, Saulo Ferreira. **Demarcação das terras indígenas** In ANAIS da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil: justiça, realidade e utopia. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2000. p. 843-865.

33 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 442-445

causador do dano.

Rompendo com a tradição até então reinante, pautada em concepções civilistas, surgiu a idéia de que o Estado teria o dever de reparar o dano se fosse comprovado o mau funcionamento – ou o não funcionamento do serviço – ou a falha da Administração, denominada *culpa publicista* ou *culpa anônima*.

Definindo os atuais contornos do dever de indenizar estatal, surgiu a *teoria do risco*, segundo a qual, ante as inúmeras atividades da Administração, existe a probabilidade de particulares sofrerem danos, devendo tais prejuízos serem partilhados por toda sociedade.

Por fim, sob forte influência da teoria do risco e da *solidariedade social*, chegou-se à *responsabilidade objetiva*, bastando a comprovação do nexo de causalidade, não mais se invocando o dolo ou culpa do agente, bem como o mau funcionamento ou falha da Administração.

Aliás, a própria Constituição Federal positiva tal teoria ao estabelecer, no art. 37, § 6º, que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Assim, não mais se questiona se o Estado responde objetivamente pelos seus atos. Do mesmo modo, por não haver qualquer restrição legal, também não se discute a natureza do dano, podendo ser o mesmo material ou moral.

Entretanto, é preciso salientar que a norma constante do art. 37, § 6º, da CF reveste-se de **caráter geral**, admitindo exceções, desde que também dotadas de *status* constitucional.

No que se refere aos ocupantes de áreas demarcadas, foi exatamente o que ocorreu, pois o legislador constituinte preconizou, no art. 231, § 6º, da CF, que:

“Art. 231

(...)

§ 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.**”

(grifou-se)

Deste modo, a Constituição deixa evidente que só caberá indenização por danos **materiais** relativos às **benfeitorias** e desde que demonstrada a boa-fé dos ocupantes.

Assim, pouco importa o tamanho, localização, produtividade etc. do imóvel, bem como as condições pessoais do ocupante, pois a Constituição já deixa pre-estabelecido que apenas as benfeitorias serão indenizadas.

Valendo-se do princípio da especialidade, um dos mais basilares axiomas interpretativos, outra conclusão não resta a não ser a de que pleitos de indenização por danos materiais, além das benfeitorias, ou de danos morais, esbarram na sobredita norma constitucional.

Assim, se a Constituição pretendesse que a todos os casos fosse aplicada a norma geral, não haveria consignado em seu texto, de maneira tão clara e estreme de dúvidas, tal ressalva.

Ao contrário do que parece, tal limitação constitucional quanto ao objeto da indenização não implica a conclusão de que o ocupante de boa-fé ficará parcial ou totalmente irressarcido. Caso ele tenha ocupado espontaneamente o imóvel, não tendo nenhuma despesa com a aquisição do mesmo, caber-lhe-á indenização pelas benfeitorias, não lhe sendo imputado qualquer prejuízo. Do mesmo modo, caso tenha adquirido-o de terceiro, o Direito lhe faculta a via da ação regressiva para obter o valor

despendido, cabendo à União a indenização quanto às benfeitorias até então realizadas.

Para que fosse cabível outra indenização, seja por danos morais, seja por danos materiais, seria necessária a comprovação de **outro tipo de prejuízo que não aqueles iminentes à retirada dos ocupantes de terras demarcadas.**

Assim, pelo só fato de serem retirados dos imóveis ocupados não lhes cabe a indenização por danos morais, desde que o ato formal e material de expropriação se dê dentro da legalidade estrita, sem excessos ou abusos.

10.2 - DO CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS

Observa-se, em uma simples leitura do art. 231, § 6º, da Constituição Federal, já transcrito, que restou excluída qualquer possibilidade de indenização referente a eventual declaração de nulidade ou extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio ou a posse sobre terras consideradas tradicionalmente indígenas, nos limites territoriais determinados pelo procedimento de demarcação a ser promovido pela União.

Há apenas uma exceção à regra geral acima mencionada: indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé; porém, na forma da lei.

Segundo a mais usual e corrente doutrina constitucionalista que trata do esquema classificatório das normas constitucionais, o dispositivo que trata da indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé seria uma norma de eficácia limitada, pois para surtir todos os seus efeitos no mundo jurídico mister o advento de lei infraconstitucional regulamentando a matéria.

A lei que deveria tratar da matéria é a Lei nº 6001/73 (Estatuto do Índio), que não prevê qualquer tipo de indenização (nem mesmo de benfeitorias) do ato que declara a nulidade ou extinção dos atos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas. É o que estabelece o art. 62 da referida lei, abaixo transcrito:

“§ 2º Ninguém terá direito a ação ou indenização contra a União, o órgão de assistência ao índio ou os silvícolas em virtude da nulidade e extinção de que trata este artigo, ou de suas conseqüências econômicas”.

Sendo a norma constitucional que prevê a indenização pelas benfeitorias de eficácia limitada (ou diferida), em tese, ela não teria aplicação, até que nova lei infraconstitucional venha e regule a questão.

No entanto, com a devida vênia, o caso requer uma interpretação conforme a Constituição, assegurando sim a indenização pelas benfeitorias realizadas pelos possuidores de boa-fé.

Isto porque a norma constitucional em questão possui densidade normativa suficiente para surtir efeitos jurídicos desde já.

Paulo Bonavides, quando trata das normas constitucionais de eficácia diferida (que corresponderiam às de eficácia limitada), entende que referidas normas *“(...) para aplicarem a matéria a que diretamente se referem, precisam apenas de meios técnicos ou instrumentais. Desde o primeiro momento, sua eficácia ou aplicabilidade pode manifestar-se de maneira imediata, posto que incompleta, ficando assim, por exigências técnicas, condicionadas a emanação de sucessivas normas integrativas”*³⁴.(grifou-se)

Embora a Lei nº 6001/73 não traga a previsão de indenização das benfeitorias, devemos interpretar seu artigo 62 (acima transcrito) em conformidade com o que diz o texto constitucional, possibilitando que os ocupantes de boa-fé sejam ressarcidos pelas benfeitorias por eles realizadas.

A situação seria demasiadamente injusta se não se visualizasse a indenização sob o argumento de que haveria falta de regulamentação (lei infraconstitucional) acerca do assunto. Em outras palavras, o próprio Poder Público estaria justificando que não poderia

34 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 252.

haver a indenização devido à sua própria omissão em não legislar.

Na falta de legislação específica para tratar do assunto, forçoso concluir pela aplicação do Código Civil, dando-se interpretação restritiva aos seus comandos. Isso porque a indenização pelas benfeitorias é exceção à regra da não indenização, sendo cediça a fórmula hermenêutica de que normas excepcionais devem ser interpretadas restritivamente.

A aplicação do Código Civil ao caso não se justifica somente pela ausência de norma específica que regulamente a matéria, mas sobretudo por ser o instituto da benfeitoria um instituto próprio do direito privado e regulamentado historicamente pelo Direito Civil.

Diga-se, o conceito de benfeitoria – e sua conseqüente regulamentação – utilizado pela Constituição só pode mesmo ser aquele previsto pelo Direito Civil, até porque a Carta Magna não esgota a conceituação e o regramento de todos os institutos por ela previstos, devendo o intérprete do direito buscar elementos para sua correta interpretação em leis infraconstitucionais; no caso, o Código Civil.

Como o texto constitucional não diferencia expressamente qual o tipo de benfeitoria que deverá ser indenizada, não caberá ao intérprete do direito fazê-lo, devendo haver indenização das benfeitorias necessárias e úteis. Quanto às voluptuárias, poderá o possuidor levantá-las, se isso não acarretar estrago à coisa e se o reivindicante (no caso, a União) não preferir ficar com elas, indenizando seu valor, inclusive em consonância com o disposto no art. 1219, do Código Civil. Em todos os casos, a condição “*sine qua non*” para a indenização é a boa-fé do possuidor.

Entretanto, se o possuidor estiver de má-fé, não será indenizado por nenhuma benfeitoria, ainda que o art. 1220 do Código Civil determine que haja nesse caso indenização pelas benfeitorias necessárias, pois a Constituição é clara em assegurar o direito apenas ao **possuidor de boa-fé**, e qualquer lei infraconstitucional que estenda esse direito também ao possuidor de má-fé estaria em confronto direto com a Carta Magna.

Por maior segurança jurídica, deve-se dar uma interpretação restritiva e conforme à Constituição, que diz não caber qualquer tipo de indenização contra a demarcação das terras indígenas, com exceção das benfeitorias ao ocupante de boa-fé.

Dessa forma, e por tudo que foi apresentado, pode-se tirar as seguintes conclusões:

- 1 – Não é cabível qualquer tipo de indenização derivada da perda da posse, propriedade ou domínio em decorrência de procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, **salvo** indenização pelas benfeitorias ao possuidor de boa-fé;
- 2 – O possuidor de boa-fé será indenizado pelas benfeitorias necessárias e úteis, e, no caso das voluptuárias, poderá levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa e o reivindicante não preferir ficar com elas, indenizando o seu valor;
- 3 – O possuidor de boa-fé jamais adquirirá a propriedade das terras consideradas como tradicionalmente ocupadas pelos índios, independentemente de ato que tenha lhe conferido a posse, domínio ou propriedade sobre referidas terras;
- 4 – O possuidor de má-fé não terá direito a qualquer tipo de indenização.

11 – CONCLUSÃO

Em face do exposto, é evidente o recrudescimento do Estado brasileiro na efetivação dos direitos conferidos constitucionalmente aos povos indígenas, no que tange à posse das terras por estes tradicionalmente ocupadas.

Apesar disso, no plano internacional, os direitos indígenas vêm ganhando a proteção merecida, demonstrando que a Constituição Federal de 1988, até como reconhecimento histórico das desigualdades verificadas, adotou uma posição de vanguarda relativa a tais garantias.

Diante de tais circunstâncias, conclui-se que:

- 1 – A população indígena está sendo paulatinamente dizimada em razão da não observância dos seus direitos;
- 2 – A posse indígena difere da posse civil no tocante as suas características, tendo aquela contornos constitucionais próprios;
- 3 – O procedimento de demarcação é o instrumento hábil a propiciar a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios tal como previsto na Constituição Federal, assegurando a fixação dos limites do território indígena e sua respectiva proteção;
- 4 – O ato que demarca o território indígena tem natureza declaratória, além de ser um ato administrativo, com todos atributos e características a ele inerentes, tendo especial importância a presunção de legitimidade e veracidade;
- 5 – Havendo choque entre direitos fundamentais constitucionalmente previstos – como o direito de propriedade e o direito dos índios à demarcação de sua terras – deverá preponderar o interesse destes, sem a completa supressão do direito daqueles, ante o próprio mandamento constitucional específico que prevê a nulidade ou extinção dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e o direito à indenização quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé;
- 6 – A ofensa pelos Estados ao ordenamento jurídico internacional de proteção aos direitos indígenas possibilita a responsabilização correspectiva;
- 7 – É jurídica e tecnicamente possível a coexistência, em um mesmo espaço territorial, de território indígena e da zona de fronteira;
- 8 – A alegação de que a política demarcatória geraria prejuízos à produção agropecuária não apresenta consistência jurídica e não encontra amparo nos dados técnicos;
- 9 – Não é cabível qualquer tipo de indenização derivada da perda da posse, propriedade ou domínio em decorrência de procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, salvo indenização pelas benfeitorias ao possuidor de boa-fé.

12 – REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **A demarcação das terras indígenas e a constitucionalidade do decreto 22/91.** In Revista da Procuradoria-Geral da República, nº 8, jan./jun., 1996.
- BARROS, Suzana de Vidal Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas aos direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 14ª ed, São Paulo: 2004.
- FEITOSA, Saulo Ferreira. **Demarcação das terras indígenas.** In ANAIS da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil: justiça, realidade e utopia. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional.** In Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 3, jan./jun. 2004.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder constituinte e direito adquirido.** *In* Revista dos Tribunais, ano 86, v. 745, nov./1997.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- NETO, Itagiba Catta. **Demarcação de terras indígenas.** Jornal Correio Brasiliense de 18 de novembro de 1996.
- OLIVEIRA, Edson. **Posse e demarcação de terras indígenas – Uma demanda jurídica desigual.** *In* Revista da Faculdade de Direito da UA, nº 10.
- OTÁVIO, Chico. **Os índios que deram certo.** Ecologia e Desenvolvimento, suplemento, v. 2, n. 33, nov.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo.** São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **O controle jurisdicional de atos demarcatórios de áreas indígenas.** V. 83, n. 706, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 1994.