

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ZULMAR ANTONIO FACHIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaiher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Lucas Gonçalves da Silva; Zulmar Antonio Fachin – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-711-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 20 a 24 de julho 2023, sob o tema geral “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Faculdade de Direito de Franca e das Faculdades Londrina. Trata-se da sexta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Liberdade de expressão, história das constituições brasileiras e sistema constitucional latinoamericano também foram temas marcantes do grupo.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Zulmar Antonio Fachin

Lucas Gonçalves da Silva

INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA SOBRE OS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS DA POSSE INDÍGENA: ELEMENTO NECESSÁRIO AO ENFRENTAMENTO DE CONFLITO MULTICENTENÁRIO BRASILEIRO, REPRESENTADO NO RE Nº 1017365/SC

HISTORICAL INTERPRETATION OF CONSTITUTIONAL PROVISIONS OF INDIGENOUS POSSESSION: A NECESSARY ELEMENT TO CONFRONT BRAZILIAN MULTICENTENNIAL CONFLICT, REPRESENTED IN RE Nº 1017365 /SC

Alessandra Vanessa Alves ¹

Resumo

O presente trabalho possui o objetivo central de apreciar, sob interpretação histórica, os dispositivos constitucionais que formam o corpo normativo da posse indígena, a fim de localizar o intuito do Poder Constituinte Originário ao estabelecê-los, como forma de contribuir para a superação do embate que se trava no âmbito do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 1017365/SC. Após exame das emendas que formaram o texto final do art. 67 do ADCT e do art. 231 da CF/88, se buscou identificar (i) o alcance do regramento constitucional de posse indígena (há limitação temporal ao reconhecimento do direito dos indígenas a suas terras?); (ii) qual a consequência da demarcação das terras para ocupantes não índios? (há preservação do direito à propriedade ou do direito à indenização, e em que nível?); e (iii) se é legítima a ocupação de terras pelos indígenas enquanto pendente processo de demarcação. Ao final, se concluiu que a teleologia das normas aponta para a inexistência de limite temporal à ocupação indígena, que é apta a desconstituir as anteriores ocupações que sobre as terras indígenas tenham se firmado e que a tradicionalidade da ocupação faz o necessário corte com a regressão ao infinito, permitindo que a demarcação se perfaça sobre a porção de terras necessária – assim definida em estudo sociológico –, à preservação e à continuidade da dinâmica social indígena.

Palavras-chave: Interpretação histórica, Posse indígena, Demarcação de terras, Stf re 1017365/sc, Constituição federal de 1988

Abstract/Resumen/Résumé

After examining the amendments that formed the final text of art. 67 of the ADCT and art. 231 of CF/88, an attempt was made to identify (i) the scope of the constitutional regulation of indigenous possession (is there a temporal limitation to the recognition of the right of indigenous people to their lands?); (ii) what is the consequence of land demarcation for nonindigenous occupants? (Is there preservation of the right to property or the right to compensation, and at what level?); and (iii) whether the occupation of land by indigenous

¹ Advogada da União. Especialista em Direito Sanitário. Doutoranda pela Universidade Nove de Julho

peoples while pending the demarcation process is legitimate. In the end, it was concluded that the teleology of the norms points to the inexistence of a temporal limit to the indigenous occupation, that it is able to deconstruct the previous occupations that have been established on the indigenous lands and that the traditionality of the occupation makes the necessary cut with the regression to infinity, allowing the demarcation to be carried out over the portion of land necessary – as defined in a sociological study – for the preservation and continuity of the indigenous social dynamics.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Historical interpretation, Indigenous ownership, Land demarcation, Stf re 1017365/sc, Federal constitution of 1988

1 INTRODUÇÃO

Conquanto o reconhecimento do direito dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas possua raízes históricas centenárias, inclusive com previsão em anteriores textos constitucionais, a Constituição Federal de 1988 destaca-se por ter consagrado elementos inovadores frente aos comandos jurídicos até então estabelecidos no tema. Com efeito, com um capítulo próprio no Título “Da Ordem Social” e mais 09 artigos ao longo do texto constitucional, a matéria indígena encontrou pela primeira vez, na sequência normativa estabelecida, o reconhecimento à organização e ao modo de vida indígena (art. 231, *caput*); e inseriu, de forma inaugural, a definição de terras tradicionalmente ocupadas (art. 231, §1º).

O reconhecimento à forma de organização indígena alinou-se com a pretensão de consagrar a pluralidade da sociedade brasileira no texto constitucional, esforço esse do constituinte que atribuiu o título de “Constituição Cidadã” à Carta de 1988. Já a definição de terras tradicionalmente ocupadas buscou adequar o conceito ao conhecimento antropológico, o que deveria conduzir ao afastamento da subjetividade e das incertezas no exame do tema, possibilitando, assim, o imediato cumprimento da demarcação das terras indígenas, matéria regulada pelo art. 231, *caput*, da CF/88 (que atribui à União tal dever), sob prazo máximo de 5 anos (contados da promulgação do texto constitucional, conforme estipulado pelo art. 67 do ADCT). Não foi o que se deu, contudo.

A efetiva demarcação das terras indígenas tem encontrado diversos níveis de resistência e, passados mais de 30 anos da promulgação do texto constitucional, não foi tal dever integralmente atendido. Longe disso, segundo dados da FUNAI, ainda existem 281 áreas do território nacional que se encontram em análise de processo demarcatório (BRASIL. MINISTÉRIO DOS POVOS INDÍGENAS, 2021).

O tema está sob apreciação do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 1017365/SC, em que reconhecida a repercussão geral da questão “referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021). A matéria, todavia, não é inaugural no âmbito da Suprema Corte, que já se debruçou sobre o tema, em julgado emblemático, representado na Pet nº 3388 (ação popular na qual se buscava a anulação da demarcação das terras Indígenas Raposa Serra do Sol, situada no estado de Roraima).

O RE nº 101.7365/SC, todavia, guarda importante diferencial frente ao julgado da Pet nº 3388. Isso porque a deliberação da Suprema Corte formará entendimento vinculativo para o

Poder Judiciário. Com efeito, o recurso extraordinário é um instrumento relevante ao desempenho da função diretiva do Supremo Tribunal na interpretação da Constituição Federal (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009). É no bojo do julgamento da questão constitucional veiculada pelo recurso extraordinário, que o STF analisa o texto constitucional, considerando o caso concreto, e apresenta a sua interpretação sobre determinada norma. É o que se nomina pauta de conduta interpretativa (FREIRE, p. 145).

Dada a importância do julgado, o presente artigo parte do exame do RE nº 1017365/SC, para apontar, sendo esse o objetivo do estudo, as perspectivas de avanço no enfrentamento do tema, a partir da interpretação constitucional histórica sobre os dispositivos que formam o regramento da posse indígena. Para tanto, aprecia-se o panorama fático constante dos autos do RE nº 1017365/SC, do qual se extrairá os elementos em aberto a serem respondidos na tese resultante do julgado. Em sequência, se buscará compreender, por meio de interpretação histórica, o intuito do Poder Constituinte ao estabelecer as previsões constitucionais objeto das distintas interpretações jurídicas expostas nos autos do aludido recurso extraordinário.

Saliente-se que o presente trabalho, de natureza exploratória, vale-se dos métodos dialético (para confronto entre as teorias em debate nos autos do RE nº 101.7365/SC) e histórico (para apreciação do texto constitucional que sustenta o debate), sob abordagem metodológica qualitativa.

2 O PANORAMA FÁTICO CONSTANTE DOS AUTOS DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE EM QUE INTERPOSTO O RE Nº 1017365/SC

O RE nº 1017365/SC foi interposto nos autos de ação de reintegração de posse ajuizada pela Fundação do Meio Ambiente – FATMA/SC (entidade de proteção ambiental) em face da Fundação Nacional do índio – FUNAI e de indígenas da Comunidade Xokleng, que teriam invadido parte da Reserva Biológica Estadual SASSAFRAS, área de 80.006 m² escriturada em nome da autora.

Para compreensão da lide, insta destacar que a autora FATMA argumentou, na inicial, o direito a reaver a posse da propriedade, aduzindo que a manteve de forma mansa, pacífica e ininterrupta por mais de sete anos, até ser invadida por aproximadamente 100 indígenas em 13/01/2009. Fez constar, ainda, a gravidade da invasão, aduzindo que, além do esbulho cometido e da derrubada de mata nativa da Unidade de Conservação, os indígenas estariam efetuando corte e transporte de madeira ilegalmente, de propriedade lindeira à Reserva

Biológica, de forma que “os ânimos na região se encontram ‘à flor da pele’ entre índios, agricultores e proprietário” (BRASIL. MINISTÉRIO DOS POVOS INDÍGENAS, 2021).

Já a FUNAI, em representação à Comunidade Indígena Xokleng da Terra Indígena Ibirama La-Klãno, contestou os fatos, apontando, quanto ao mérito, que a área da qual a autora se diz proprietária encontra-se abrigada pelos efeitos da Portaria nº 1.182/2003, do Ministério da Justiça. As terras objeto de litígio seriam então, segundo defende, de ocupação imemorial dos índios das etnias Xokleng e Guarani.

A União, chamada adiante ao feito, centrou, inicialmente, sua defesa em questões processuais, que fogem ao exame do presente estudo.

É importante observar que, analisada sob uma perspectiva centrada no simples objeto da ação (esbulho possessório), a demanda de reintegração de posse não guardaria a necessária densidade constitucional para ser alçada ao exame da Suprema Corte, afinal essa espécie de ação guarda limites objetivos muito claros, todos de origem civilista, constantes do art. 561 do CPC, os quais, uma vez constatados, autorizam a ordem de reintegração. Todavia o patamar litigioso do caso excede significativamente a natureza do meio em que veiculado, porque o elemento posse, em matéria indígena, é parte integrante do regime constitucional atribuído no capítulo VIII do título “Da Ordem Social”. Vide nesse sentido o art. 231, *caput* e §2º, da CF/88, esse último expresso no sentido de atribuir à posse indígena sob as terras tradicionalmente ocupadas, a condição de permanência:

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

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

Também é o texto constitucional que impõe a nulidade de qualquer ato que tenha por objeto atribuir direito, inclusive possessório, sobre as terras de tradicional ocupação:

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.

Assim, o que poderia ser um típico conflito de reintegração de posse (solucionável a partir de parâmetro civilista) ganha dimensão constitucional quando subjacentemente à disputa se tem reivindicação pela demarcação das terras como indígenas. No ponto, vale recordar que o STF nos autos da PET nº 3388, já afirmara a heterodoxia no conceito de terras indígenas, que não segue, portanto, em seu regime jurídico a mesma linha de princípios aplicáveis às terras em

perspectiva civilista, o que, conforme consignado em trecho da ementa do julgado, “termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil” (STF). É o exame, portanto, do que se tem por “posse permanente” dos indígenas (§2º do art. 231) no bojo dos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231, caput) que possibilitará a elucidação da questão fática sob que controvertem os demandantes.

Para a autora Fatma, que se embasa no título dominial que detém (com registro da matrícula em Cartório), a posse lhe é atribuída por força da propriedade legalmente reconhecida. Propriedade que, ademais, faria limites com terrenos particulares de produtores rurais, os quais teriam sido igualmente turbados em sua posse pela Comunidade Indígena Xokleng. Para a FUNAI, a seu turno, a posse dos indígenas estaria legitimada no direito congênito às terras, conforme já declarado em Portaria do Ministério da Justiça (nº 1.182/2003), sob procedimento que teria por efeito a nulidade de qualquer forma de ocupação não indígena (ainda que objeto de registro em serventia).

A Comunidade Indígena Xokleng, Terra Indígena Ibirama La-Klaño, que foi admitida como litisconsorte necessária somente na fase do recurso extraordinário pelo Ministro Relator, apresentou manifestação na qual, a par de propor exaustiva tese à repercussão geral, teceu considerações fáticas quanto à ocupação de suas terras que não constaram até então da apreciação judicial do caso (BRASIL. MINISTÉRIO DOS POVOS INDÍGENAS, 2021).

Em apertada síntese, aponta que a Comunidade teria sofrido redução abrupta do território essencialmente em 3 oportunidades: a primeira, em 1926, quando dos 37 mil hectares (que lhes haviam sido reconhecidos por acordo realizado pelo Serviço de Proteção ao Índio), passaram-lhes a ser reservados apenas 20 mil hectares. Tudo motivado por invasão de não indígena para extração de madeira e, depois, para assentamento de famílias, em esbulho que teria sido acordado pelo próprio chefe de posto do SPI. A segunda, em 1952, quando teriam sido desanexados 6 mil hectares da Terra Indígena, frente a existência de madeireiros e agricultores na região, possibilitada por acordo firmado entre o Serviço de Proteção aos Índios - SPI e a Diretoria de Terras e Colonização de Santa Catarina – DTC/SC, para alteração dos limites descritos em Decreto de 1926. E a terceira, por fim, quando, a partir da década de 1970, se teve a construção da Barragem Norte, para a contenção de enchentes nas cidades vizinhas, o que resultou na interferência direta no modo de vida indígena, pois o alagamento de 1.050 hectares teria se dado sobre as melhores terras para plantio.

Cada uma dessas etapas teria sido imposta aos Xokleng pela coação e violência física, das quais não podiam se desvencilhar, já que o próprio órgão que era responsável por sua proteção e representação, o SPI, participava, diretamente, dos atos de esbulho das terras indígenas.

Note-se, portanto, que, ao enfrentar as alegações do recorrente e da Comunidade Xokleng e, bem assim, as contrarrazões da recorrida, estará o STF a decidir essencialmente sobre: (i) o alcance do regramento constitucional de posse indígena (há limitação temporal ao reconhecimento do direito dos indígenas a suas terras?); (ii) qual a consequência da demarcação das terras para ocupantes não índios? (há preservação do direito à propriedade ou do direito à indenização, e em que nível?); e (iii) é legítima a ocupação de terras pelos indígenas enquanto pendente processo de demarcação?

Quanto ao alcance da posse indígena, pode-se resumidamente dizer que a FUNAI, a Comunidade Indígena Xokleng e a União defendem a teoria do indigenato, ao passo em que a Fundação Fatma sustenta a teoria do fato indígena.

A teoria do Indigenato, desenvolvida por João Mendes Junior, no início do século XX, cuidou de distinguir o título indígena do título civilista, apontando o aspecto congênito daquela forma de titulação, que se desliga do conceito de posse para se ajustar ao de domínio reservado, cujo papel do Estado é apenas o de lhe reconhecer (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 58-59). A teoria do fato indígena, por outro lado, consideraria um fato (a efetiva ocupação por indígenas em um dado marco temporal) como requisito à constatação de seus direitos ao domínio das terras tradicionais. Tal teoria, que traz condicionamento aos direitos à posse indígena, teria surgido, como instituto jurídico, a partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal, na PET 3388 (BRASIL. MINISTÉRIO DOS POVOS INDÍGENAS, 2009).

Até a elaboração deste artigo, dois votos haviam sido lançados no processo em exame, em sentidos diametralmente opostos (e seguindo, cada qual, uma das linhas de defesa suscitadas no processo pelas partes): de um lado, o Relator, Min. Edson Fachin, expondo a percepção de que a demarcação é procedimento declaratório do direito originário (e fundamental) da comunidade indígena às terras que tradicionalmente ocupam, não podendo, dessa sorte, ser restringido a um limite temporal (FACHIN, 2019). De outro lado, o voto do Ministro Nunes Marques (conforme se depreende de sua leitura em Plenário), no sentido da manutenção da tese do marco temporal, sob entendimento de que a Constituição Federal teria definido a data de sua promulgação como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, salvo se, ao tempo da promulgação da

Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios.

Quanto às consequências para os particulares ocupantes das terras tidas por indígenas, o Ministro Edson Fachin concluiu no sentido de que seus títulos “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos”, não assistindo, ademais, ao particular direito de reparação “ressalvado o direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé” (FACHIN, 2019). No ponto, o Ministro Nunes Marques se põe de acordo na perspectiva teórica, mas considera que, no caso concreto, estaria comprovada a não ocupação de posse tradicionalmente indígena na data da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Por fim, quanto à possibilidade de atos de ocupação pelos indígenas no curso de processo de demarcação (ponto central da ação de reintegração de posse), o Ministro Edson Fachin não trouxe posicionamento, propondo o retorno dos autos ao tribunal de origem para, aplicando os requisitos estabelecidos, definir a questão possessória. Já o Ministro Nunes Marques considerou que a deflagração de processo demarcatório não se constituiria em causa suficiente, por si só, à imissão dos indígenas na respectiva posse, apontando que os efeitos desse procedimento dependem de sua ultimação.

Entre duas propostas tão distintas, o que quis dizer afinal o texto constitucional? É o que cumpre examinar, a partir da perspectiva histórica.

3 O INTUITO CONSTITUCIONAL: EXAME DA TRAMITAÇÃO DOS DISPOSITIVOS PERANTE A CONSTITUINTE

Muito se argui sobre a teleologia dos dispositivos constitucionais em matéria indígena. Pouco se localiza, todavia, investigação acerca do intuito do Poder Constituinte Originário com as previsões no tema. Por isso, é de relevo, sobretudo tendo em conta o rompimento de paradigmas que justificou a promulgação do texto constitucional, partir da perspectiva histórica do julgado, para precisão no exame dos artigos 67 do ADCT e 231, da CF/88, centrais à disciplina constitucional da posse indígena.

Art. 67 do ADCT

Quanto ao art. 67 do ADCT, eis o texto que restou promulgado na CF/88: (ADCT)
Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

Importa salientar que o artigo resultou de propostas de alteração em cada uma das fases de sua tramitação: na Sub-Comissão Temática (Subcomissão dos negros, populações indígenas,

pessoas deficientes e minorias), na Comissão Temática (Comissão da Ordem Social), na Comissão de Sistematização, no Plenário e, por fim, na Comissão de Redação. No Anteprojeto do Relator, o dispositivo possuía o seguinte texto:

Art. 13 - A União dará início à imediata demarcação das terras reconhecidas ocupadas pelos índios, devendo o processo estar concluído no prazo máximo de 4 (quatro) anos.
§ 1º - Caberá ao Serviço Geográfico do Exército implementar a medida prevista no caput, devendo, a cada ano, concluir, pelo menos, a demarcação de 25% (vinte e cinco por cento) das terras reconhecidas ocupadas pelos índios.
§ 2º - As terras ocupadas pelos índios, e atualmente não reconhecidas, terão, quando de seu reconhecimento, sua demarcação concluída no prazo máximo de 1 (um) ano.
§ 3º - Ficam vedadas a remoção de grupos indígenas de suas terras e a aplicação de qualquer medida coercitiva que limite seus direitos à posse e ao usufruto exclusivo previstos neste capítulo.

Pelo escopo desse estudo, não se apreciará as emendas relativas ao órgão responsável pela demarcação (matéria que findou excluída da norma) e às atinentes à remoção de grupos indígenas, transpostas que foram ao texto do art. 231, da CF/88. Ademais, as emendas serão analisadas conforme a fase em que apresentadas na Constituinte e, dentro dessas, agrupadas por afinidade temática (e não por cronologia).

Proposta de emenda no tema se deu perante a Subcomissão Temática, e propunha a exclusão do prazo “por se tratar de assunto de caráter temporário e dependente de recursos orçamentários não deve ser matéria para constar no texto da nova Constituição”. Foi rejeitada, pois “a formulação original atende aos direitos das populações indígenas”.

Na fase de tramitação perante a Comissão da Ordem Social, também foram apresentadas emendas com vistas ao cancelamento da norma. A exemplo, a Emenda 00170, que renovava a alegação de que o prazo para conclusão do processo demarcatório não deveria “ser matéria para constar no texto da nova Constituição”. A rejeição da emenda reafirmou o intuito do Relator com o dispositivo: “explicitar com clareza, que tanto a demarcação como o prazo de execução do processo são urgentes, pois a posse efetiva da terra pelos índios é a garantia da sua reprodução física e cultural”.

Na Emenda 01259, se propunha explicitar que a demarcação se referia às terras ainda não demarcadas (preservando-se, portanto, as que já o foram anteriormente à CF/88). Apontava-se que se trata de atuação da União que já teve início, mas parece “fadada a não ter fim” e que “as demarcações processam-se demoradamente, e os processos respectivos adormecem nas gavetas da burocracia, enquanto os índios são obrigados a conviver com a insegurança e a violência que esta demora propicia”. A essa preocupação, respondeu-se positivamente pela “elaboração de um princípio Constitucional firme e objetivo que garanta efetivamente a demarcação das terras ocupadas pelos índios, ainda não demarcadas”.

A proposta normativa chega à Comissão de Sistematização com nova redação segundo a qual “A União demarcará as terras ocupadas pelos índios, ainda não demarcadas, devendo o processo estar concluído no prazo de 5 (cinco) anos, contados da promulgação desta Constituição”. Relativamente a essa fase, é de relevo ao presente estudo a Emenda nº 09189, que visou inserir parágrafo único à norma, para registrar que “após a promulgação da Constituição, não se fará mais expansão de Reserva Indígena no País”. Justificou-se que “já é por demais conhecido os limites de terras indígenas”, sendo “a extensão das Reservas conhecidas (...) suficientes para a sobrevivência da população indígena atual e sua preservação futura”, ao passo em que “a convivência entre essa população e os proprietários de terras contíguas às reservas, vem causando sobressalto e desavença”, exigindo a definição desses limites, “para tranquilidade entre as partes”, sem necessidade, para tanto, de ampliação das Reservas. O parecer, todavia, assentou ser impossível a aceitação da emenda, à compreensão de que “existem índios não contactados e outros que também não tiveram suas reservas ainda demarcadas. Como legislar para o futuro? Os conflitos existentes somente poderão acabar quando todas as reservas indígenas estiverem demarcadas”. O opinativo traduz a compreensão de que restringir a demarcação aos limites de terra já conhecidos como indígenas seria legislar sobre matéria conhecível apenas na efetivação do processo demarcatório e que a solução para a pacificação dos conflitos não seria a restrição à demarcação, mas, ao contrário, estaria na garantia a sua efetivação.

Ainda na tramitação perante a Comissão de Sistematização, a proposta foi reapresentada (emenda 21106) e novamente rejeitada, reafirmando-se que “a necessidade de aumento ou diminuição de áreas indígenas está diretamente ligada à execução desse processo [de demarcação], que não pode se efetuar antes do prazo instituído.”

Nota-se, ainda, a apresentação de emendas que buscaram disciplinar a matéria relativa às propriedades particulares constituídas em terras que venham a ser reconhecidas como indígenas. Foi o caso da Emenda 22912, que apresentava extensa disciplina a esse respeito, mas que foi rejeitada. Nela se propunha, quanto às demarcações já realizadas até o advento do texto constitucional, suas plenas validades, mas que se reconhecesse também o domínio privado que houvesse sido devidamente registrado sobre imóveis lindeiros. Sugeriu a preservação ainda dos títulos que se encontravam registrados até 17.10.69, reconhecendo-se o domínio privado de tais imóveis “que foram, ou venham a ser, declarados como terra indígena, ou incluídos em áreas demarcadas como tais”. Propunha, ademais, que, em qualquer desses casos, a extinção do domínio privado se fizesse por desapropriação por necessidade pública.

Relativamente às demarcações que recaíssem sobre imóveis registrados após 17.10.69, propunha a perda do domínio por desapropriação se os títulos respectivos fossem (i) originários dos entes federados ou de seus órgãos fundiários; ou (ii) se a aquisição do imóvel tivesse sido feita após consulta ao órgão federal competente. Por fim, ressalvadas tais hipóteses, restaria ao proprietário de boa-fé, cujo domínio se tenha constituído a partir de 17.10.69, pleitear, por vias judiciais ordinárias, a correspondente indenização.

A Emenda 33714 trazia disposição semelhante, tendo sido igualmente rejeitada. Todavia, a apreciação de suas razões trouxe importante consideração do constituinte quanto à necessidade de se distinguir a matéria de cunho constitucional (como seria o processo demarcatório) daquela que disciplinava os efeitos decorrentes de tal ato (que deveria ser versada em lei). Com efeito, o parecer demonstrou reconhecer o “mérito das disposições contidas na emenda”, sugerindo, porém, “que as mesmas figurem em projeto de lei ordinária”, pois “a validade plena e a eficácia jurídica dos atos de demarcação de terras indígenas só poderão ser declarados após a conclusão do processo de demarcação”.

Em outras palavras, o que se evidencia é a preocupação do Poder Constituinte em assegurar o ato primordial da demarcação das terras indígenas, a partir do qual, a terceiros, se poderia, eventualmente, produzir efeitos segundo ordem legislativa.

A estas, seguiram-se emendas que apontaram preocupação com o uso de expressões que conferissem eficácia ao processo demarcatório, a exemplo da Emenda 26320. Propunha-se a substituição da expressão “terras ocupadas pelos índios, ainda não demarcadas”, pois, aduziu-se, a previsão pela demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos já constava do art. 65 da Lei nº 6001/1973, mas não se efetivara até então porque “o manuseio dos termos terras ocupadas e terras habitadas, constantes na Constituição de 1967”, impediu o cumprimento do referido artigo, ao passo que “a Carta em elaboração contendo o termo proposto ‘terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados os índios’ não permitirá interpretações várias, contribuindo para que todas as terras indígenas sejam demarcadas no prazo previsto”. O Parecer reconheceu a necessidade de aperfeiçoamento do texto normativo, mas considerou que a redação proposta não era satisfatória.

Também pela efetividade da norma, se pode localizar emendas que propunham a redução do prazo demarcatório. Foi o caso da Emenda nº 30577, que estipulava a redução para 1 ano e previa o dever de encaminhamento imediato ao Congresso Nacional dos “elementos de campo preparatórios, incluindo plantas das áreas ocupadas com base na posse imemorial”. Na justificativa arguiu-se que 5 anos seria “prazo excessivo, até porque se fala sobre a demarcação

há mais de 100 anos. 1 ano é tempo mais que suficiente para promover-se a demarcação”. O Parecer, porém, apontou recusou a proposta, dado “o volume de terras a serem delimitadas”, e que “o prazo de cinco anos é o mínimo em que a tarefa poderá ser cumprida”. Sua redução, assim, “implicaria, pela exiguidade de tempo, no não cumprimento de disposição constitucional, o que não desejamos”.

A Emenda nº 33585 também propunha a redução do prazo, aduzindo que, a par de ser de “importância vital para os índios, que dependem da permanência em suas terras, e da delimitação destas, para sua sobrevivência em condições dignas, com o respeito devido às suas diversas culturas”, o procedimento seria útil “principalmente para aqueles que exercem alguma atividade econômica nas regiões próximas das terras habitadas pelos índios, que muitas vezes não têm a segurança jurídica necessária para desenvolverem seus negócios”. Uma vez mais a rejeição da proposta ocorreu tendo em conta a extensão das terras a serem demarcadas e estabelecimento de prazo passível de cumprimento. Vide:

Ninguém ignora a necessidade, o quanto antes, da demarcação das terras indígenas, para erradicação de dúvidas e conflitos, permitindo assim o livre para o exercício das atividades econômicas em suas proximidades e segurança jurídica das partes envolvidas. Entretanto, a diminuição do prazo não é recomendável, porquanto o processo não seria ultimado em tempo hábil e o dispositivo Constitucional não seria cumprido.

Também a Emenda nº 34855 foi rejeitada. Visava especificar que o prazo de 5 anos seria “improrrogável”. A recusa à proposta não se deu por desacordo com a taxatividade do prazo, mas em consideração a que na disposição constitucional “não ficou qualquer dúvida, porquanto se houvesse a hipótese de prorrogação de prazo, o que não ocorre, ali estaria prevista”. Novamente foi evidenciado o intuito constitucional de estabelecer a peremptoriedade do prazo, que não seria mera norma programática.

Por fim, oportunidade de elucidação do intuito da norma constante do ACDT frente às demais disposições constitucionais sobre o estatuto indígena, se teve com a Emenda 31339, que propunha a supressão da regra de prazo demarcatório, pois a matéria já estaria contida em outra parte da Constituição. O parecer, porém, foi categórico: não se tratava de previsão excessiva, mas, complementar aos direitos indígenas e pressuposto necessário para evitar conflitos e dúvidas nas imediações das reservas indígenas. Vide:

A demarcação das terras indígenas é ato que complementa todas as disposições criadas pela presente Constituição em relação aos direitos dos índios. Para sua eficácia, tornou-se necessário estabelecer, nas Disposições Transitórias, um prazo para que tal processo seja concluído, o que evitará os conflitos e as dúvidas atualmente existentes, nas imediações das reservas indígenas. Destarte, o art. 39 das Disposições Transitórias não pode ser eliminado.

Seguiu-se então a fase Plenária de debates e logo após, a fase perante a Comissão de Redação, com propostas de emenda que não inovaram nas argumentações frente as já apresentadas nas fases anteriores, estabelecendo-se, assim o comando peremptório de demarcação, em 5 anos, das terras indígenas, elemento central para a garantia do direito de posse permanente sobre as terras tradicionalmente ocupadas, previsto no art. 231, da CF/88, conforme se passa a demonstrar.

Art. 231 DA CF/88

Relativamente ao art. 231 da CF/88, foram apresentadas na Subcomissão temática, 21 propostas de emenda ao anteprojeto do Relator; na Comissão da Ordem Social, foram suscitadas 27 emendas ao anteprojeto da subcomissão, e, na mesma fase, mais 38 emendas ao substitutivo desse Anteprojeto; na Comissão de Sistematização, foram 75 emendas ao Anteprojeto da Comissão da Ordem Social, 205 Emendas de Plenário e populares e mais 100 Emendas ao primeiro substitutivo do relator. Em Plenário, foram inicialmente 13 emendas e em segundo turno mais 9; e, por fim, na Comissão de Redação, mais 3 emendas, até se estabelecer o texto promulgado na CF/1988.

Considerando que neste estudo se busca o intuito constitucional para a definição da posse indígena, apenas as emendas nesse tema em específico serão indicadas, sendo, ainda, omitidas emendas com conteúdo semelhante às selecionadas, salvo se da justificativa constante dos pareceres se puder ser extrair elemento novo, apto a indicar, de maneira mais precisa, a teleologia da norma. Diversas emendas, ademais, não tiveram, no quadro histórico, seu resultado informado, por isso não foram consideradas, ante a ausência de posição do constituinte a respeito das respectivas propostas. Considerando, por fim, o extenso número de emendas, no exame deste dispositivo não se fará a separação por fases, agrupando-se as emendas exclusivamente por afinidade temática.

Vide, de início, o texto do Relator à Subcomissão, na parte de interesse ao estudo:

Art. 11 - Compete, fundamentalmente, à União, assegurar às populações indígenas os seus direitos originários e sua organização social, cabendo-lhes a posse permanente das terras por elas ocupadas, bem como o usufruto exclusivo das riquezas naturais e minerais existentes no solo e subsolo, das utilidades nelas existentes, e dos cursos fluviais, assegurado o direito de navegação.

§ 1º - Compete, ainda, às demais unidades de poder, de forma complementar ou suplementar, garantir os direitos de que trata este artigo.

§ 2º - (...)

§ 3º - (...)

§ 4º - (...)

Art. 12 - São terras ocupadas pelos índios, para os fins da garantia especial instituída neste capítulo e na legislação ordinária, as por eles habitadas para suas atividades produtivas, as necessárias à sua reprodução física e cultural segundo seus usos,

costumes e tradições, incluídas as áreas necessárias à preservação do meio ambiente e de seu patrimônio cultural.

Parágrafo único - As terras referidas no caput do artigo são de propriedade da União, sendo inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis a qualquer título, vedada outra destinação que não seja a posse e usufruto dos próprios índios.

Art. 13 – (...)

Art. 14 - São nulos e desprovidos de eficácia e efeitos jurídicos os atos de qualquer natureza, ainda que já praticados, tendo por objeto o domínio, a posse, o uso, a ocupação ou a concessão de terras ocupadas pelos índios ou das riquezas naturais e minerais do solo e subsolo, das utilidades e dos cursos fluviais nelas existentes.

§ 1º - (...)

§ 2º - A União promoverá a revisão de todos os atos praticados com infringência do disposto no CAPUT. É vedado aos pretensos titulares do domínio, possuidores, usuários, concessionários ou ocupantes a qualquer título, o direito de ação ou indenização em face de pessoa de direito público ou das comunidades indígenas, salvo quanto aos pretendentes ou adquirentes de boa fé, em relação aos atos que tenham versado sobre terras ainda não demarcadas, caso em que a União responderá civilmente.

§ 3º - (...).

Como se observa, relativamente à posse indígena, o Anteprojeto assegurava os “direitos originários”, disciplinava caber às populações indígenas “a posse permanente das terras por elas ocupadas” e definia “terras ocupadas”. Tornava nulos, ademais, “e desprovidos de eficácia e efeitos jurídicos os atos de qualquer natureza, ainda que já praticados, tendo por objeto o domínio, a posse, o uso, a ocupação ou a concessão de terras ocupadas pelos índios”. No texto promulgado, a seu turno, manteve-se a expressão “direitos originários” os quais foram conectados “às terras que tradicionalmente ocupam”. À expressão “terras ocupadas pelos índios” somou-se a palavra “tradicionalmente” e se inseriu menção de que tais terras (as “tradicionalmente ocupadas pelos índios”) se destinam “a sua posse permanente”. Foram sutis diferenças, mas, como se observará, com propósito claro no complexo normativo de posse indígena.

Relevante observar que diversas emendas tiveram por objeto o questionamento quanto à indefinição das expressões adotadas pelo texto, que deveria, então, ser superada, de modo a evitar o surgimento de problemas no processo de delimitação de terra indígena. A primeira emenda com tal pretensão foi a de nº 00031, que vislumbrava no Anteprojeto:

nítida intenção de tornar indefinido o conceito de terra habitada pelas populações indígenas, justamente num ponto onde a legislação vigente, embora muito mais clara e precisa, não teria conseguido evitar o surgimento de inúmeros problemas administrativos e questionamentos judiciais no processo de delimitação de terra indígena.

Já a Emenda 00241 aduzia que a “generalidade e amplitude do dispositivo e suas implicações jurídicas provocam uma total insegurança para qualquer proprietário”, sendo necessárias “normas jurídicas claras”, a fim de não permitir que se violem os “princípios básicos do estado de direito da sociedade brasileira, como é a propriedade privada”. Essa emenda foi

rejeitada, à base de que “a posse de suas terras pelos índios já foi caracterizada e definitiva, inclusive em constituições passadas. A manutenção do artigo tem por objetivo a defesa, das terras ocupadas pelas populações indígenas”.

A Emenda 01402, a seu turno, buscava substituir as expressões "ocupam" e "ocupadas" por "demarcadas” à justificativa de que “há necessidade de se disciplinar e limitar a ocupação das terras pelos índios, não permitindo que a simples ocupação dê a eles o direito de pleiteá-las”. O parecer esclareceu que apesar de “compreensível a preocupação de conferir maior precisão ao conceito de ‘terras ocupadas pelos índios’, substituir a expressão não ofereceria “solução que assegure os direitos indígenas”.

Adiante, pela Emenda 25618 demonstrou-se preocupação com a palavra "permanentemente", sugerindo substituir por "habitualmente", pois “os índios são nômades, por gentileza. Assim, parece ser mais técnico falar-se em habitualidade”. Era a inquietação com a expressão do Anteprojeto por exigir continuidade (ausência de afastamento das terras) o que, pelo modo de vida nômade do indígena, poderia conduzir ao descumprimento da ordem de demarcação. O Parecer, discordando da dissociação entre a expressão “permanentemente” e o modo de vida dos indígenas, apontou que:

No texto, o vocábulo "permanentemente" quer dizer, constantemente, continuamente, ininterruptamente, isto é, terras onde os índios estão constantemente, continuamente, ininterruptamente, permanentemente. Não vislumbramos qualquer melhoria na mudança proposta, razão pela qual deixamos de acolher a emenda.

Na Emenda 28336 se propunha a supressão do termo “imemorial”, à justificativa de que “os nossos índios não estão avançando em territórios alheios, muito pelo contrário. Não são ‘grileiros’ sua cultura não permite tal ação”. Da justificação, denota-se a perspectiva de que o termo imemorial conduz à associação – hoje muito presente nos debates sobre posse – de que os indígenas estariam invadindo, com suas pretensões demarcatórias, áreas que apenas longinquamente lhes pertenceram. Pretendia-se, então, com a supressão da expressão evitar essa associação. O Parecer, contudo, reafirmou que a norma era compromisso a que “as terras ocupadas pelos índios serão todas convenientemente demarcadas e [que] estas áreas não deixarão qualquer margem de dúvida”, de modo que “os índios terão a posse permanente dessas terras e nelas sua habitação efetiva, onde exercerão suas atividades produtivas, sua preservação cultural, consoante seus usos, costumes e tradições”.

Na Emenda 32922 se aduzia que o termo imemorial “se prestaria, apenas e tão somente, a inúmeras pendências judiciais”, bastando dizer-se “terras dos índios”. Arguiu-se que

“como eles jamais invadem terras de brancos, fica fácil saber o que se vai proteger”. Foi, porém, rejeitada.

A expressão “de posse imemorial”, como se sabe, findou por não constar do texto promulgado, mas os debates que suscitou permitem extrair o esforço nos Anteprojetos de encontrar expressão que indicasse o compromisso da Constituição com a efetiva garantia dos direitos indígenas. Mesmo compromisso que se observa no exame da expressão “terras ocupadas pelos índios”. Contra o termo se insurgiu a Emenda 00503, que buscava suprimi-lo porque seria redundante, ao que respondeu o Parecer respectivo que sem tal conceito “o objetivo pretendido de defesa dos direitos indígenas não seria alcançado”.

Já a Emenda 33019 propôs-se ao resgate da conceituação de “terras ocupadas”, porque seria ele resultado “de experiências e pesquisas de antropólogos e de profissionais das áreas jurídica e social”. Sob a mesma pretensão, a Emenda 00281 foi aprovada. Na justificação traçou-se um comparativo importante com o texto, então vigente, da Constituição Federal de 1969, propondo-se avanço sobre essa ordem normativa. Vide:

Prefere-se, neta emenda, o termo “ocupados” porque a ocupação é o conceito jurídico adequado para a situação dos índios, primeiros ocupantes do território brasileiro. Ocupação é modo primário de aquisição de domínio (De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987), enquanto habitação refere-se mais propriamente a residência, traduzindo, portanto, conceito mais limitado (ibidem). A expressão “posse imemorial” foi abandonada com a promulgação do Código Civil, em 1916. É expressão em desuso e vaga, que poderá ensejar a expulsão ou perda do direito à terra pelas comunidades indígenas, inclusive prejudicando irreversivelmente aquelas já vitimadas por processos de transferência forçada. Por outro lado, a expressão “localização permanente”, foi rejeitada desde a Constituição de 1967, por se verificar que podia ser entendida através de concepção civilista, inadequada e inaceitável à situação das comunidades indígenas, muitas das quais praticam modo de produção extensivo, com migrações periódicas ao seu território”.

No ponto, ao acatar as sugestões, o Parecer aduziu que a expressão "permanentemente localizados", se mantida, evitaria o reconhecimento dos direitos às populações indígenas que praticam, entre seus hábitos culturais, a perambulação.

A emenda nº 00156, a seu turno, foi representativa da proposta pela exclusão da menção aos “seus direitos originários sobre as terras que ocupam” à justificativa de que se poderia “criar sérios conflitos resultantes das diferentes interpretações que certamente advirão”, a exemplo da “expansão de uma área indígena sobre núcleos populacionais urbanos e assentamentos promovidos por órgãos públicos”. A rejeição se deu sob a compreensão de que a redação original, contemplando o direito originário daria aos indígenas a garantia de sua sobrevivência física e cultural.

Também de relevância para a compreensão do que vem a ser “direito originário” se deu com a apreciação da emenda 01496. Nela se propunha a exclusão do termo, suscitando não haver diferença “formal entre ‘o direito originário sobre a terra’ e ‘o direito sobre a terra’”, mas sim, “uma perspectiva de inferências altamente subjetivas na expressão. O Parecer considerou “que o termo que se quer eliminar deve ser mantido no texto constitucional para maior clareza (...) e para se evitar especulação de terra indígena”.

Ou seja, depreende-se, a partir dos diversos pareceres no tema, a intenção do constituinte de destacar a particularidade da ocupação indígena, que se distingue de qualquer outra, precisamente por ser originária, sendo essa distinção essencial, de um lado, para se evitar a tentativa de apropriação da condição de indígena e, de outro, para possibilitar aos povos sua sobrevivência física e cultural através do usufruto da terra sobre a qual se garante tal direito.

Uma vez que se firmou a expressão “terras ocupadas pelos índios”, seguiu-se a inserção do termo “tradicionais” na redação final da norma. Foi o que a Emenda 00777 propôs (e restou aprovado), tendo o opinativo destacado a precisão que a palavra traduzia ao formar a expressão ‘terras tradicionalmente ocupadas pelos índios’. Note-se que a Emenda 01704 buscou, em sentido oposto, suprimir a expressão “tradicionamente”, ao argumento de que “a comunidade indígena, no decorrer dos tempos passou por um processo constante de deslocamento dos seus habitats originais”, e a expressão “não considerando o referido processo, dificultará o entendimento de quais são as terras que os indígenas terão direito”. A emenda foi rejeitada, negando-se a indefinição e afirmando-se o intuito de com ela aclarar a extensão do direito indígena.

Já na Emenda 00767 (aprovada), se propôs que, na definição de terras tradicionalmente ocupadas, se alterasse a flexão do verbo “utilizar”, passando-a ao particípio, para evitar que lhe fosse dada interpretação estática, e se limitasse a proteção às terras tradicionalmente ocupadas “às áreas que estejam em produção no exato momento da identificação de determinada terra indígena”, o que “excluiria glebas que sejam igualmente utilizadas para atividades produtivas em outro instante, em prejuízo do espaço que a Constituinte decidiu garantir às populações indígenas”.

Como se nota, o termo “terras tradicionalmente ocupadas” foi aprovado pela dinamicidade que atribui à ocupação das terras, seguindo a própria dinâmica do modo de vida indígena, que sustenta a heterodoxia atribuída, pela CF/88, à posse indígena.

Vide a Emenda 00945, que buscava atribuir a propriedade das terras aos próprios indígenas e não à União, sob a justificativa de que “se a nova Constituição assegura o Direito

de Propriedade; se as terras dos brancos são dos brancos; se as terras dos negros são dos negros, evidentemente as terras dos índios são dos índios e não da União”. Ao rejeitar a proposta, o parecer aduziu que “se o conceito de propriedade da terra se adequa à forma como está estruturada a sociedade envolvente, não faz sentido para as populações indígenas, pois a organização dessas sociedades está erigida sobre outros princípios”.

A heterodoxia de todo regramento indígena também foi reafirmada na apreciação da Emenda 00425, que buscava “excluir das disposições protetivas os ‘índios com elevado estágio de aculturação’”. Foi, todavia, rejeitada pois “a identidade do índio advém da sua identidade étnica. O índio sente-se índio, independentemente do grau de contato, estabelecido com a sociedade envolvente”.

Proposta semelhante se deu com a Emenda 01441, que foi rejeitada pela afirmação de que:

O índio tem, destarte, uma origem, um sistema de vida, ao qual se arraiga e a ele mantém-se ligado durante a vida, mesmo que opte, por livre e espontânea vontade, por outros sistemas. Todavia, aquele local é e continuará sempre sendo seu mundo, o seu berço, as suas e o seu espírito. Por tais razões, em nosso entendimento, não devemos estabelecer conceitos ou situações que o façam afastar-se desse mundo onde se conceituam todos os seus valores materiais e espirituais, seja qual for o seu estágio de aculturação.

A previsão acerca da nulidade dos atos já praticados, de qualquer natureza, que se refiram ao domínio, a posse, o uso ou a ocupação de terras indígenas foi também bastante questionada. A emenda 00023, por exemplo, aduzia ser insustentável a previsão, afirmando que “o caráter retroativo que preside o seu enunciado” estaria em contrariedade ao olhar voltado para o futuro que teria inspirado a formação da Assembleia Constituinte. O parecer, porém, refutou a alegação, pois “no que tange às populações indígenas, a instituição efetiva dos novos direitos que estabelece em favor dessas populações tão desamparadas até os nossos dias, será manto protetor da Lei Maior do País” e aduziu que foi sob essa vocação que restou estipulada a anulação dos atos, ainda que já praticados, de modo que “a aceitação da sugestão eliminaria o que se objetivou” com a previsão.

Adiante, a Emenda 23424 – também rejeitada –, afirmava existir, nas previsões relativas à anulação dos atos jurídicos, “evidente risco de através de tais dispositivos ser alcançados a abolição da propriedade privada em nosso País”. Aduzira ademais, que “regra constitucional desse porte, levaria, sem limites no tempo, a devolução de todo o território às nações indígenas”. O Parecer, porém, aduziu que, no modo como a matéria foi disposta, “o objeto das preocupações alinhadas na Justificação da Emenda não se efetivará”. Ou seja, o Constituinte não descurava da segurança jurídica, mas garantia que, dado o arcabouço da posse

indígena, não haveria razão para crer que se teria a devolução de todo território aos povos originários, apenas a justa devolução.

Já a emenda 00958 (Congresso, p. 57) defendia a desapropriação, mediante justa indenização em dinheiro. Arguiu-se que “os conflitos que se têm verificado em nossos dias entre colonos sem terras, empresários rurais e indígenas, no mais das vezes decorre de um excesso de proteção legal aos indígenas” e que “o progresso e a necessidade da expansão da fronteira agrícola são, no mais das vezes, obstaculizados pelo lento processo que se verifica na demarcação das reservas indígenas”. A emenda foi assim rejeitada:

As terras ocupadas pelos índios pertencem à União. Partindo desse princípio, impossível a aceitação da emenda, quando parte de uma premissa falsa, isto é, que a terra pertence a particulares. Os conflitos que se estão verificando entre colonos sem terras, empresários rurais e indígenas não decorre de excesso de proteção legal aos indígenas, que vivem em áreas da União, previamente delimitadas. Se, por outro lado, pretende-se ocupar tais áreas, a questão passa a ser outra, ou seja, invasão de terras indígenas, cujo tratamento deve ser diferente. A redação que se oferece, no âmbito da Comissão, à questão da demarcação das terras indígenas, estabeleceu que sua execução se efetivasse no prazo máximo de cinco anos.

Não se localiza debate do constituinte quanto à “invasão” por indígenas em terras que, objeto de demarcação, estivessem titularizadas por não indígenas, afinal se ordenou que o processo demarcatório se efetivasse em 5 anos. O mais próximo desse debate a que se chegou foi na proposta de exclusão do termo “imemorial” para não transmitir a ideia de que os indígenas estariam avançando em territórios alheios, ao que o constituinte afirmou na ocasião que os indígenas não seriam grileiros, já que sua cultura não permite tal ação.

Por fim, o processo global de demarcação teve prazo certo para ser concluído, que foi estipulado com consideração à possibilidade de sua execução, mas também à priorização pretendida, findando em ordem de urgência, que, desrespeitada, constitui desarrazoada mora do estado, que não pode transpor aos indígenas as consequências de sua inércia, deles se exigindo que se aguarde, por mais 30 anos (ou quem sabe, por mais centenas deles), a conclusão do processo demarcatório, submetido que este foi pelo constituinte ao prazo limite de 5 anos.

4 CONCLUSÃO

No presente estudo, buscou-se explorar o intuito do Poder Constituinte Originário da CF/88 com o corpo normativo constitucional da posse indígena, de modo a lhe captar o sentido, para avanço no enfrentamento do tema. A partir do exame realizado, se pôde observar que foi de grande monta o esforço por reconhecer a forma de organização indígena como parte da

pluralidade da sociedade brasileira, e por determinar, sob tais considerações, a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas, de modo a permitir sobre elas a posse indígena permanente.

Contrariando, porém, as expectativas do Constituinte acerca da precisão com que buscou envolver o texto constitucional – que visava romper, em 5 anos com o atraso demarcatório que àquela época se aproximava dos 500 anos –, o advento da Constituição Federal não garantiu o implemento da ordem.

Há, atualmente, importante oportunidade de resgatar os contornos do direito à posse indígena no iminente julgamento do RE nº 1017365/SC. Propôs-se neste estudo que, na análise do arranjo normativo constitucional, a Suprema Corte não descure do intuito do Poder Constituinte Originário, a fim de que a apreciação sistemática das normas seja o mais fiel possível ao rompimento que a Assembleia Nacional quis estabelecer com tudo que representasse impedimento à consagração, aos indígenas, dos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”; rompimento que resultou em um complexo normativo constitucional, seguramente heterodoxo, que determinou a imediata aplicabilidade do direito à posse indígena, a ser assegurado pelo processo demarcatório e balizado por uma percepção dinâmica de ocupação, que desafia as fronteiras temporais.

Nesse passo, a demarcação deve ocorrer sobre as terras que assegurem o desenvolvimento do modo de vida indígena: sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Não por outra razão, recusou o constituinte, mesmo em face de inúmeras emendas nesse sentido, a inclusão de qualquer referência que pudesse ser interpretada como garantia a direitos ortodoxos de posse nas terras objeto de demarcação. Não faz sentido, desse modo, interpretar o direito à propriedade de particulares como obstáculo à efetivação dos comandos constantes do regramento indígena, porque isso significaria a adoção de uma exceção taxativamente recusada pelo poder constituinte.

No exame da consequência da demarcação das terras tradicionais a ocupantes não indígenas, o que se pôde observar do quadro histórico foi a consideração do Constituinte de que o tema é de índole infraconstitucional. Constitucional o é o regramento assecuratório da demarcação, podendo serem debatidas, em âmbito infraconstitucional, as consequências ao Estado e aos particulares na eventual desconstituição de títulos ortodoxos de ocupação que àqueles tenham sido concedidos, tudo sem prejuízo da efetivação do comando demarcatório.

Não se localiza debate do constituinte quanto à “invasão” por indígenas em terras que, objeto de demarcação, estivessem titularizadas por não indígenas, afinal se ordenou que o processo demarcatório se efetivasse em 5 anos. O mais próximo desse debate a que se chegou

foi na proposta de exclusão do termo “imemorial”, que constou da Emenda 28336, para não transmitir a ideia de que os indígenas estariam avançando em territórios alheios, ao que o constituinte afirmou na ocasião que os indígenas não seriam grileiros, pois sua cultura não permitiria tal ação.

Por fim, o processo global de demarcação teve prazo certo para ser concluído, que foi estipulado com consideração à possibilidade de sua execução, mas também à priorização pretendida, findando em ordem de urgência, que, desrespeitada, constitui desarrazoada mora do estado, que não pode transpor aos indígenas as consequências de sua inércia, deles se exigindo que se aguarde, por mais 30 anos (ou quem sabe, por mais centenas deles), a conclusão do processo demarcatório, submetido que este foi pelo constituinte ao prazo limite de 5 anos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009. **Pet 3388 / RR – RORAIMA.**

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 20 abril 2023.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação.

Quadro histórico artigo 231 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/36880>. Acesso em: 20 abril 2023.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação.

Quadro histórico artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ADCT da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/40321>. Acesso em: 23 abril 2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DOS POVOS INDÍGENAS, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/terras-indigenas/demarcacao-de-terras-indigenas>. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5109720>. Acesso em: 28 março 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5109720>. Acesso em: 28 março 2023.

FACHIN, Edson (Ministro Relator). **Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 21 abril 2023.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Incidente de resolução dos recursos extraordinários repetitivos**: natureza, finalidade e estrutura. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 2016.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brazil, seus direitos individuaes e politicos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.