

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

A Natureza Jurídica dos Direitos Indígenas na Constituição Federal de 1988

Juliana de Paula Batista

julianadepaulab@yahoo.com.br

Graduada em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Docente de cursos de graduação e pós – graduação na Faculdades do Vale do Juruena – AJES, ministrando aulas nas disciplinas de Antropologia, Criminologia, Cultura Regional Matogrossense e Direito Penal

Resumo: Os direitos indígenas assegurados na Constituição Federal de 1988 mudaram a abordagem sobre a questão indígena que até então era realizada. Nela, são reconhecidos aos índios usos, costumes e tradições, havendo o rompimento com o assimilacionismo das políticas brasileiras até então adotadas. Esses direitos, entretanto tem uma natureza jurídica especialíssima, não se confundindo com a matriz civilista que aparentemente os engendra, formando um verdadeiro estatuto jurídico de heterodoxos direitos constitucionais.

Palavras-chave: Direitos Indígenas; Constituição Federal de 1988; Estatuto do Índio;

The legal nature of the Indigenous Rights in the Federal Constitution of 1988

Abstract: The indigenous rights assured in the Federal Constitution of 1988 have changed the approach about the Indigenous issue which was performed until then. In the Federal Constitution usages, costumes and traditions are recognized to the Indians, in this way there is a break with the assimilationism of Brazilian policies adopted to date.

These rights, however, have a very special legal status. They do not confuse themselves with the civil matrix that apparently engender them. Thus forming a truly heterodox legal statute of constitutional rights.

Keywords: Indigenous Rights, Federal Constitution of 1988, Statute of Indians

1 Introdução

Este artigo tem como principal objetivo realizar uma análise constitucional de alguns institutos jurídicos, envolvendo o direito dos povos indígenas à luz da matriz constitucional que os produz, revelando suas características particulares e conformadoras de um heterodoxo instituto de Direito Constitucional.

A legislação brasileira anterior à Constituição Federal de 1988, delineou-se dentro da perspectiva assimilacionista que entendia o índio em um processo de aculturação, isto é, esse deixaria de ter sua identidade étnica distinta e passaria a compor a sociedade nacional, que se

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

iria tornar, desse modo, uma sociedade homogênea. Entretanto, esse processo de assimilação não aconteceu.

Manuela Carneiro da Cunha (1990, p. 302-302) observa que o Estado brasileiro é resistente em reconhecer os direitos das minorias e classifica essa dificuldade como generalizada nos países que precisaram constituir-se politicamente antes que tivessem identidades nacionais bem definidas. Com isso, estabeleceu-se uma correspondência entre Estado e nação, que conduziu a uma normatividade unitária como projeto identitário da burguesia que se estava consolidando e a consequente ideia uniforme de nação.

De acordo ainda com Carneiro da Cunha (1990, p. 304), muitos países, dentre eles o Brasil, criaram uma verdadeira paranóia em relação à ideia de multietnicidade, como se o reconhecimento da existência de várias etnias dentro da mesma unidade política pudesse acarretar, inexoravelmente, o seu desmembramento. Por essa razão foram acionados mecanismos para reduzir a diversidade sociocultural existente, demonstrando, igualmente, uma grande resistência em reconhecer direitos, por um lado, e a adoção de políticas assimilacionistas, por outro, como forma de se obter uma unidade nacional. Pensava-se que essa unidade pudesse manter uma essência imutável, desconsiderando as tensões, diferenças e processos dinâmicos que acompanham o corpo vivo de uma sociedade.

Em contraposição às políticas assimilacionistas, até então adotadas por parte do Estado brasileiro, a Constituição Federal de 1988 constituiu o marco legal que baliza a mudança do paradigma do assimilacionismo para o paradigma do multiculturalismo, ou seja, pela primeira vez o Estado brasileiro reconhece ao índio o direito de ser índio.

Contudo, a mudança de posicionamento não trouxe um reconhecimento amplo dos direitos indígenas, estabelecendo-se apenas a proteção às culturas indígenas como realidades dotadas de peculiaridades específicas em relação à sociedade como um todo. Os direitos indígenas estão dispostos em um capítulo específico, chamado “Dos Índios”, senão, vejamos:

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

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 1988).

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

O reconhecimento desses direitos durante o processo constituinte não se fez, contudo, sem luta por parte dos povos indígenas e das organizações indigenistas, tais como a União das Nações Indígenas (UNI) e o Conselho Indigenista Missionário (CIMI). O que se deu no Brasil, durante esse processo foi um forte associativismo e militância política dos povos indígenas na luta por seus direitos, o que foi favorecido pelo apoio da igreja católica, entidades governamentais estrangeiras e organizações não-governamentais. Destaca-se, em 1989, o surgimento da Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB).

No que concerne à natureza jurídica das terras indígenas, a Constituição criou uma situação jurídica peculiar, sendo que as mesmas possuem um regramento normativo-constitucional bastante específico, onde não são aplicáveis os institutos de direito civil pura e simplesmente. Primeiramente, porque são de propriedade pública, pertencem à União Federal (art. 20, XI, CF), mas a posse das mesmas é privada, “mas coletiva, não identificável individualmente” (SOUZA FILHO, 1999, p. 121).

Embora pertençam à União, tais terras não se enquadram na categoria de bens públicos porque não se constituem bens de uso comum do povo, ou seja, não são bens públicos passíveis de uso e gozo por toda a população. Além disso, não são dominicais, haja vista o poder público, apesar de detê-las como proprietário, não poder delas dispor. Por fim, não são bens de uso especial, tendo em vista sua destinação não ser um serviço público que se possa determinar, o qual o Estado disponibiliza para uso próprio, ou para prestar um serviço público. Nos bens públicos de uso comum do povo, dominicais, ou de uso especial, o proprietário público tem a posse do bem, que pode, em virtude de ato de vontade, conceder precariamente a outrem. Tal concessão não é permitida no caso das terras indígenas.

Considerando que as terras indígenas não se sujeitam à mesma disciplina jurídica dos demais bens públicos, o Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do Mandado de Segurança nº 16.443/DF, firmou a seguinte posição:

Parece, pois, que o simples fato de pertencerem à União as terras ocupadas pelos índios não as sujeitam integralmente ao regime legal de venda dos bens públicos, dado o seu caráter de inalienabilidade. [...] A ressalva do meu voto é no sentido de não ficarem esses bens públicos – as terras ocupadas pelos índios – bem como seus frutos, sujeito à mesma disciplina jurídica dos demais bens públicos.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Nessa conjuntura, as terras indígenas são bens da União, mas o poder público não pode dispor das mesmas, tampouco podem ser utilizadas como um bem de uso comum por todo o povo do país, mas apenas pelos próprios índios que o fazem segundo seus usos, costumes e suas tradições, sem, contudo, ter a propriedade da terra. Nesse particular, tais terras não se afiguram nem como particulares nem como públicas, não se enquadrando no conceito de propriedade sob a ótica civilista, já que o proprietário não pode dispor da coisa dado seu caráter de inalienabilidade.

O domínio da União tem, em tese, o objetivo de preservação dessas terras, criando-se uma propriedade vinculada, ou reservada, com o fito de assegurar o direito que sobre as mesmas têm os indígenas. Por esse motivo, essas terras são inalienáveis, indisponíveis e o direito que sobre elas recai é imprescritível, não se sujeitam à usucapião, bem como a onerações de qualquer espécie.¹

Ademais, dentro das terras, não é possível apropriação individual, de acordo com o conceito legal de propriedade privada, já que a mesma, como dito, pertence à União. Permite-se apropriação individual de acordo com usos, costumes e tradições da comunidade indígena. Nesse desiderato, Souza Filho (1999, p. 123) afirma que:

Usos, costumes e tradições, querem dizer, na prática, direito. Ora, a apropriação individual ou coletiva, de um grupo familiar ou de um gênero, se fará, então, segundo o direito indígena, que resolverá os eventuais conflitos que ali se estabelecerem. É vedado, portanto, o exercício do direito brasileiro de propriedade dentro das terras indígenas, mas, ao contrário, são cogentes as normas do direito consuetudinário indígena.

A vinculação dessas terras ao direito que os índios têm sobre as mesmas, direitos reconhecidos na seara constitucional como originários (Art. 231), consagra, consoante o ensinamento de Silva (1993, p. 46), uma relação jurídica consubstanciada no instituto do indigenato, que pode ser entendido como a primeira fonte do direito a garantir a posse territorial indígena, que se materializa no artigo 231 § 2º, quando esse dispõe 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 nela existentes”.

¹ Art. 231, § 4º, CF: “As terras de que trata este artigo são inalienáveis, e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Do art. 231, § 2º, da CRFB, que resguarda aos indígenas a posse permanente de suas terras, resulta também o princípio da “irremovibilidade dos índios de suas terras” (SILVA, 1993, p. 46), prescrito no art. 231, § 5º:

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

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar ação popular contra a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, manifestou-se no sentido de que a irremovibilidade dos indígenas de suas terras, bem como a posse permanente e usufruto exclusivo criam um “heterodoxo instituto de Direito Constitucional”, que tem no art. 231 e 232 “um completo estatuto jurídico da causa indígena”, *in verbis*:

Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade [*sic*] e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. (BRASIL, 2009).

Já o § 3º, do art. 231 limita o direito à mineração em terras indígenas, bem como o aproveitamento de recursos hídricos e energéticos, que só poderão ser realizados com autorização do Congresso Nacional, ouvindo-se, previamente, as comunidades afetadas, assegurando-lhes ainda participação nos resultados da lavra.

A Constituição, no art. 231, § 6º, prevê ainda que:

São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção de direito à indenização ou ações contra a união, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (BRASIL, 1988)

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

A exceção advinda das benfeitorias de boa-fé autoriza ações, assim como pedido de indenizações apenas contra a União, já que os indígenas não são acionáveis, sendo a União a responsável por “velar e impedir a prática de atos atentatórios aos direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, que são bens dela.” (SILVA, 1993, p. 46). A parte das benfeitorias de boa-fé, quem quer que se estabeleça dentro de áreas indígenas, não terá direito à indenização (art. 62, § 2º, Lei 6001/73), tampouco poderá conceder-se ao mesmo o interdito possessório (art. 19, § 2º, Lei 6001/73).

Como as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas constituem bens da União, cabe a essa, privativamente, legislar sobre populações indígenas (Art. 22, XIV). Ao Congresso Nacional, por seu turno, incumbe autorizar a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas em terras indígenas (Art. 49, XVI), que, na forma do Art. 48da CF, poderá realizar tal atribuição sem exigir-se a sanção do Presidente da República.

A competência para processar e julgar ações que versem sobre direitos indígenas é da Justiça Federal, de acordo com a prescrição do art. 129, XI, CF, e “Sendo direitos e interesses coletivos, indisponíveis, de ordem pública, envolvidos, além do mais, com interesses da União a Constituição legitimou o Ministério Público para defendê-los (art. 129, V), sendo legitimado o Ministério Público Federal” (SILVA, 2003, p. 835).

O art. 232 da CF prevê, como partes legítimas para ingressar em juízo os índios, suas comunidades e organizações, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. Esse artigo é fruto de inúmeras controvérsias, pois se entende que, ao reconhecer a capacidade dos indígenas de postular em juízo, revogou-se o instituto da tutela, haja vista, o postulado jurídico de que quem pode mais pode menos, entretanto, existem julgados em todos os sentidos no judiciário nacional. Segundo Raquel Sparemberger (2008, p. 143), quando se fala em tutela, essa não pode ser entendida como incapacidade, já que a Constituição Federal de 1988 não é signatária do “paradigma da integração”, segundo o qual o índio era considerado incapaz e que seria integrado à sociedade.

Pela legislação brasileira, o critério para se definir quem é índio é o critério da autoidentificação étnica ou critério antropológico. Considerado o mais adequado, esse critério começou a ser fixado em 1949, por ocasião do II Congresso Indigenista Interamericano, realizado em Cuzco, no Peru. Seguindo o entendimento de Barth (POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998, p. 195-196), esse critério considera grupo étnico a organização social em que

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

seus integrantes reconhecem-se como pertencentes do mesmo grupo e são igualmente identificados como tais pelos outros integrantes formando, assim, uma categoria diferente em relação a outros grupos da sociedade. Sendo assim, apenas a própria comunidade indígena pode definir quem é, ou não, seu membro.

Corroborando com esse entendimento, Silva (2003, p. 827) afirma que o “sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio”. Segundo o autor, a autoidentificação, fundada nesse sentimento de pertencer ao grupo, e a sustentação da identidade étnica, que se funda em uma continuidade histórica ligada ao passado pré-colombiano que vem, ao longo do tempo, reproduzindo a cultura da comunidade indígena, delineiam o critério para identificar o índio brasileiro.

Ressalte-se ainda o Decreto 6.040, de 07 de fevereiro de 2007 que, em seu art. 1º, institui “a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais”. Este decreto traz um novo conceito de “povos e comunidades tradicionais”, que corrobora com o critério da autoidentificação étnica explicado:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:
I - Povos e Comunidades Tradicionais: **grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais**, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (BRASIL, 2007, grifo meu).

Dessarte, mesmo interagindo com outros grupos, a autoidentificação caracteriza a continuidade que identifica a etnia. A Constituição Federal, no art. 231, § 1º, assume essa posição, uma vez que considera as terras ocupadas pelos índios como “necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

A identidade étnica perdura nessa reprodução cultural, que não é estática; não se pode ter cultura estática. Os índios, como qualquer comunidade étnica, não param no tempo. [...] Nenhuma cultura é isolada. Está sempre em contato com outras formas culturais. A reprodução cultural não destrói a identidade cultural da comunidade, identidade que se mantêm em resposta a outros grupos com os quais dita comunidade interage. Eventuais transformações decorrentes do viver e do conviver das comunidades não descaracterizam a identidade cultural. Tampouco descaracteriza a adoção de instrumentos novos ou de novos utensílios, porque são mudanças dentro da mesma identidade étnica (SILVA, 2003, p. 827).

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

O Decreto 6040/2007, de igual forma, assume essa postura, quando, em seu art. 3º, inciso II, define o que é um território tradicional:

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários à reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações (BRASIL, 2007).

Cabe ressaltar ainda, a diferença entre os conceitos de integração e assimilação, estabelecidos por Manuela Carneiro da Cunha. A integração é caracterizada pela articulação das comunidades indígenas com a sociedade nacional. Cunha (1997, p. 7) cita como exemplos de integração “a produção de mandioca para o mercado regional, ou a extração de borracha para o mercado internacional são formas de articulação econômica de grupos indígenas”. Tal articulação não pressupõe assimilação pela sociedade envolvente ou diluição da comunidade indígena, pois a mesma permanece com sua identidade étnica distinta.

Dentre os pontos mais controvertidos no que tange à temática dos direitos indígenas estão as questões envolvendo a terra, ponto fulcral dos direitos constitucionalmente assegurados que, reveste-se em valor necessário para a sobrevivência das culturas autóctones e de seus indivíduos. Nesse íterim, Cunha (1997, p.14) frisa que “Do ponto de vista dos povos indígenas, a terra não é mercadoria mas território, condição de sua reprodução não só física mas social” (SEEGER; VIVEIROS DE CASTRO, 1979; UNI, 1985 apud CUNHA, 1997, p. 14).

2 A tradicionalidade sob o enfoque constitucional

A Constituição Federal de 1988 menciona em diversos dispositivos o termo “terras tradicionalmente ocupadas”². O conceito do termo acha-se insculpido no art. 231, § 1º, da Constituição:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre

² Art. 20, XI; Art. 231; Art. 231, § 1º.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as usadas 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.

§ 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 nela existentes (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Com sucedâneo na doutrina de Silva (2003, p. 829), tal conceituação deve observar quatro condições necessárias concomitantemente, são elas:

1) serem por eles habitada em caráter permanente; 2) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; 3) serem imprescindíveis a preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar; 4) serem necessárias à sua reprodução física e cultural tudo segundo seus usos, costumes e tradições, de sorte que não se vai tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser deles, da cultura deles.

O termo “terras tradicionalmente ocupadas” não se reveste de um sentido temporal, como aquilo que tem uma tradição, um tempo, ou um lapso temporal x ou y. Trata-se, conforme o mandamento constitucional, de um direito originário, ou seja, anterior à lei, preexistente ao direito, oponíveis *erga omnes*, haja vista que os índios já estavam em território brasileiro, por serem os primeiros habitantes dessas terras, não existindo, portanto, títulos anteriores que invalide seus direitos originários. A tradicionalidade relaciona-se à maneira tradicional com que os índios utilizam e se relacionam com suas terras, como, por exemplo, o modo tradicional com que realizam suas plantações, produzem seu alimento, etc.

Frise-se, ademais, que o direito dos índios assenta-se sobre o *instituto do indigenato*, instituição jurídica que tem suas origens no direito luso-brasileiro dos tempos da Colônia, firmado pelo Alvará Régio, de 1680, posteriormente ratificado com o advento da Lei de 6 de junho de 1755 (SILVA, 2003, p. 830).

Mendes Júnior (1961, p. 213) afirma ainda que, em virtude do direito ser congênito, as terras que derivam do instituto do indigenato não são devolutas, e a Lei de Terras (Lei 601, de 18 de setembro de 1850), que cuidava da transferência das terras devolutas ao domínio

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

privado, reconhecendo o direito de quem houvesse adquirido terras em virtude das sesmarias, determinou (embora não houvesse atribuído o status de propriedade privada) que as terras utilizadas com o fito de colonização dos indígenas seriam reservadas, reafirmando assim o indigenato.

Com a Lei de Terras, grileiros que ocupavam terras indígenas exigiam desses que comprovassem suas posses por meio do registro. Todavia, o indigenato é instituto diverso da ocupação, não se confundindo com a posse, uma vez que o mesmo é um direito congênito, já a ocupação constitui-se em título adquirido; o indigenato independe de legitimação, já a ocupação, que é um fato posterior, condiciona-se a requisitos que a tornem legítima.

Na esteira da literatura jurídica sobre o assunto, Silva (2003, p. 831) explica que, o direito originário que fundamenta o instituto do indigenato tem a *sedum positio*, que por sua vez fundamenta a posse. Contudo o indigenato não possui apenas o *ius possessionis*, mas também o *ius possidendi*, que foi reconhecido a ele e anteriormente legitimado como um direito congênito pelo Alvará Régio, de 1680. O autor explica ainda:

Só a posse por ocupação está sujeita à legitimação, porque, ‘como título de aquisição, só pode ter por objeto as coisas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A ocupação é uma *apprehensio rei nullis* ou *rei derelictae* [...]; ora, as terras indígenas, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquilo que lhe é congênito e primário’, de sorte que, em face do Direito Constitucional indigenista, relativamente aos índios com habitação permanente, não há uma simples posse, mas um reconhecido direito originário e preliminarmente reservado a eles.

Com efeito, a relação que se estabelece entre os índios e suas terras não são reguladas pelo Direito Civil, conforme ressalta a doutrina:

Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é nem nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exame, porque nele se consagra a idéia de permanência, essencial à relação do índio com as terras que habita (SILVA, 2003, p. 832).

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

O texto constitucional, em seu artigo 231, §§1º e 2º, refere-se ainda à posse permanente que, também, nesse caso, não se trata de posse estabelecida nos moldes civilistas, já que não se caracteriza por mero poder de fato em relação à coisa, com ou sem o *animus domini*, constituindo-se em *possessio ab origine*, que era, para os romanos, não uma relação material do indivíduo com a coisa, mas um senhorio, um poder que se encontrava na consciência dos povos antigos. Dessa maneira, a posse não é apenas um *ius possessionis*, como também um *ius possidendi*, uma vez que revela a relação dos destinatários do direito em possuir a coisa, delineando-se, assim, uma “relação jurídica legítima e utilização imediata” (SILVA, 2003, p. 832).

Destarte, o reconhecimento constitucional, no art. 231, dos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, demonstra a existência de direito anterior ao próprio Estado, ao próprio direito. Será “originário porque direito originário, onde não há relação de causalidade entre essa posse e outra anterior, reconhecida como estado de fato *jus possidendi*, gerador do direito *jus possessionis*” (CUNHA, 2000, p. 117).

A Constituição, ao dispor que as terras são habitadas de acordo com *os usos, costumes e tradições* indígenas, consagra a noção de permanência, não sendo essa uma conjectura do passado que se traduza em ocupação efetiva, mas tão somente uma garantia futura, de tal sorte que tais terras são gravadas pela inalienabilidade e indisponibilidade destinadas perpetuamente ao povo indígena que nela vive. Tal destinação à posse permanente configura um direito anterior à própria posse que delineia, dessa forma, o direito originário.

Nessa conjuntura, ressalta Souza Filho (1999, p. 130) que a “ocupação tradicional determina a existência do fenômeno jurídico chamado *terra indígena*”. Consoante o autor:

basta que haja ocupação tradicional, basta que haja posse permanente dos índios sobre a terra que a terra é indígena, com as conseqüências jurídicas próprias dentro do sistema. As conseqüências são: a propriedade da União, inalienável e indisponível; a posse permanente do próprio grupo; o usufruto exclusivo dos índios; o direito às riquezas naturais, a proibição de ser o grupo removido do local; o direito de serem consultados sobre e a participar dos benefícios de exploração dos recursos hídricos, inclusive energéticos, e da pesquisa e lavra das riquezas minerais; a declaração de nulidade absoluta de todos os títulos eventualmente existentes sobre os temas. O direito que advém destas conseqüências são imprescritíveis e indisponíveis.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Mencione-se, por derradeiro, que aos índios pertence exclusivamente a posse de suas terras, conforme o art. 231, § 2º, não podendo ser alienadas nem por eles nem pela União. Essa também não pode reduzir áreas nem os indígenas transferir a posse, exceto por hereditariedade, ou perdê-la para terceiros ainda que esses estejam de boa-fé.

Apenas por emenda constitucional admite-se alienação de terras indígenas, bem como a transferência da posse por ato *inter vivos*. Observa-se que as terras indígenas constituem uma categoria *sui generis* dentro do direito brasileiro, pois, apesar de serem de domínio da União, essa sofre limitações em seu direito devido à impossibilidade de alienar ou dispor das terras e a imprescritibilidade do direito sobre elas, concedendo aos índios a posse permanente e o usufruto perpétuo segundo seus usos, costumes e suas tradições indígenas. Os índios podem, inclusive, exercer sua jurisdição com base em suas normas de convivência e valores dentro de suas terras.

3 Modalidades de Terras Indígenas à luz da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 – Estatuto do Índio

Em que pese a disposição constitucional do art. 231 sobre as terras tradicionalmente ocupadas, essa não revela a única forma legítima com que os índios ou sua coletividade se relacionam com a terra, já que o Estatuto do Índio, nos artigos 17, 26 a 30 e 32, estabelece mais duas modalidades de terras indígenas que serão caracterizadas de acordo com os elementos particulares e a forma de relação estabelecida, sendo elas 1) as terras ocupadas ou habitadas pelos índios, 2) as áreas reservadas e as terras de domínio do grupo ou “tribo” indígena.

Dessa feita, as terras indígenas dividem-se em dois grupos, segundo entendimento de Laranjeira (1984, p. 185): terras em que serão usufrutuários (áreas ocupadas e reservadas); e as terras que terão a propriedade (áreas de domínio indígena).

A primeira delas são aquelas habitadas ou ocupadas pelos indígenas e estão elencadas no art. 17: “*reputam-se terras indígenas*: I- as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, as que se referem os artigos 4º, IV e 198, da Constituição”. Ressalte-se que o art. 198 refere-se à Constituição de 1969, mas é a mesma consideração do art. 231 da vigente Constituição. Sobre essa categoria de terras, tratamos no item anterior e são aquelas ocupadas

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

de maneira tradicional, em caráter permanente pelos grupos indígenas, em que a União será a nua-proprietária e os índios os usufrutuários.

Na segunda modalidade, enquadraram-se as terras reservadas, consoante mandamento do EI, art. 26:

A União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais (BRASIL, 1973, grifo nosso).

Outrossim, o parágrafo único do artigo citado preceitua que tais terras não se confundem com as terras tradicionalmente ocupadas, as quais se legitimam face ao instituto do indigenato, essas são áreas onde o Poder Público cria reservas ou parques.

Desse modo, poderão recair sobre áreas particulares ou públicas, mormente em terras devolutas, independente delas já terem sido ocupadas ou não pelos indígenas, já que é a União quem as estabelece. No caso de terras particulares, elas serão trazidas ao domínio da União após procedimento expropriatório, indenizando-se o titular. Assim, essas terras são, primeiramente, públicas e Federais e, por afetação ou destinação, tornam-se indígenas, necessitando, para tanto, de declaração formal realizada por meio de Decreto do Poder Executivo Federal, sendo que a demarcação observará o ato administrativo que as instituiu.

Corroborando com esse entendimento, eis a manifestação do Supremo Tribunal Federal:

COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXPROPRIAÇÃO PROMOVIDA PELA FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIÓ, COMO DELEGADA DA UNIÃO. ESTADO-MEMBRO COMO LITISCONSORTE PASSIVO (ART. 119, I, D, DA CF) - E DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A AÇÃO EXPROPRIATÓRIA MOVIDA PELA FUNAI, PARA A AQUISIÇÃO DE TERRAS DESTINADAS À CONSTITUIÇÃO DE ÁREAS RESERVADAS À OCUPAÇÃO DOS INDÍGENAS, CUJO DOMÍNIO SE INCORPORA AUTOMÁTICA NO PATRIMÔNIO DA UNIÃO, SE O ESTADO INTERVÉM NO FEITO NA QUALIDADE DE TITULAR DO BEM EXPROPRIADO. CONFLITO DE INTERESSES ENTRE A UNIÃO E O ESTADO. PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA REJEITADA (BRASIL, 1980).

Nessa esteira, as áreas reservadas também estão sob o manto da proteção constitucional concedida às terras tradicionalmente ocupadas, uma vez que, segundo a Constituição, destinam-se à posse permanente dos indígenas, e designar é previsão para o

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

futuro, que acarreta o fenômeno jurídico “terra indígena”, bem como a ocupação tradicional da qual decorre a proteção constitucional.

As áreas reservadas classificam-se ainda em “reserva indígena” (áreas destinadas para servir *de habitat ao grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência* – art 27, EI); “parque indígena” (*área contida em terra na posse de índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as belezas naturais da região.* – art. 28, EI); “colônia agrícola” (*área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo órgão de assistência ao índio, onde convivam tribos aculturadas e membros da comunidade nacional.* – art. 29, EI); e Território Federal Indígena” (*é a unidade administrativa subordinada à União, instituída em região na qual pelo menos um terço da população seja formada por índios.* – art. 30, EI).

Tais diferenças possuem pouca repercussão jurídica, considerando-se que não existe nenhuma reserva que seja colônia ou Território Federal Indígena, de modo que se cita como exemplo de parque o Parque Indígena do Xingu.

De acordo com Cunha (2000, p. 103), o § 3º do art. 28 do EI, estabelece que “*O loteamento das terras dos parques indígenas obedecerá ao regime de propriedade, usos e costumes tribais, bem como às normas administrativas nacionais, que deverão ajustar-se aos interesses das comunidades indígenas*”, exemplificando uma situação em que o legislador reconheceu a existência de um regime de propriedade próprio de cada povo indígena, havendo, assim, um direito interno dentro do grupo, deduzindo-se, portanto, “que a apropriação coletiva da terra, como base de uma solidariedade grupal e da identificação étnica, não se vislumbra desconhecida pelo legislador.” (Cunha, 2000, p. 103).

A terceira modalidade são as terras de domínio do grupo ou coletividade indígena, nelas os índios possuem a propriedade plena, conforme preceitua o art. 32 do EI: “São de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.” Segundo o artigo, a propriedade é plena do índio ou comunidade indígena, logo, tais bens não pertencem à União, geralmente são terras adquiridas conforme previsão da lei civil.

Quando o Estatuto do Índio trata de terras de domínio indígena, refere-se a uma relação firmada na seara do Direito Civil em que estão presentes um índio ou sua

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

coletividade, sendo que tanto o Estatuto como a Constituição³ conferem ao índio capacidade para realizar atos jurídicos.

Registre-se que, apesar de não possuir personalidade jurídica, à coletividade tribal assiste o direito de ser titular de domínio, adquirindo terras em seu nome, havendo, assim, apropriação coletiva da terra em virtude do direito ao patrimônio coletivo indígena reconhecido pela Magna Carta de 1988. Nesse sentido, eis a manifestação da Procuradoria da República em Santa Catarina (Anexo A):

1. Assim, a compensação a que fazem jus as comunidades Guarani no caso do PACIG pela duplicação da BR 101/Sul foi direcionada, por opção destas comunidades, à aquisição de terras, as quais são recebidas, portanto, por doação direta, caracterizando forma de aquisição da lei civil, não devendo e não podendo ser confundida com a terra a ser demarcada.
2. As terras a serem adquiridas, portanto, serão terras de domínio indígena, que integrarão os bens do patrimônio indígena, e não da União Federal. Os futuros registros nos Cartórios de Imóveis, conseqüentemente, deverão contemplar a forma de bem comunitário inalienável.

A apropriação coletiva de uma terra adquirida pelos índios, seja por doação ou compra e venda, por exemplo, deixa-a vinculada ao uso do grupo sendo que a terra não poderá, inclusive, sofrer posterior titulação individual, isto é, se um índio individualmente compra uma terra para o grupo, por exemplo, ele não poderá retomá-la como exclusivamente sua depois. As terras tradicionalmente ocupadas ou reservadas serão de domínio da União não podendo ser usucapidas para o domínio indígena.

Dessa maneira, as terras indígenas, sejam elas as tradicionalmente ocupadas, as reservadas ou as de domínio indígena, não se sujeitam à aplicação do direito civil, principalmente no que concerne à disposição, sucessão e transmissão. Nessa conjuntura, Souza Filho (1999, p. 132) afirma que houve “a criação de um sistema complexo dividindo a posse e a propriedade de tal forma que o proprietário é apenas guardião do possuidor.”

Apesar de a Constituição ter se referido a “terras tradicionalmente ocupadas”, as terras de domínio indígena e as reservadas terão a mesma proteção já que esta se dá em

³“Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

virtude da ocupação tradicional. Nesse sentido, é o posicionamento de Cunha (2000, p. 96, grifo nosso):

Muito embora disponha a Constituição tão-somente sobre *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* – sugerindo que as outras modalidades de terras indígenas, mormente as dominiais, inclusive quando pertencentes a uma comunidade, estivessem fora do sistema por ela instituído –, a norma estatutária tem assegurado, qualquer que seja a espécie coletiva de apropriação territorial indígena, uma vez assim reconhecidas, o mesmo status jurídico e idêntico regime protetivo. Até porque, com efeito, não se pode excluir, a priori, a possibilidade de as terras reservadas e dominiais estarem sendo utilizadas de maneira tradicional, preenchendo, assim, os requisitos constitucionais e merecendo tratamento isonômico. Ou seja, a forma de legitimação originária da terra não impede a sua eventual inserção na categoria hoje descrita na Constituição, passando a sujeitar-se ao ordenamento especial nela estabelecido. Deve, portanto, a União promover-lhe a demarcação, assegurando, definitivamente, a posse indígena.

Outra maneira de aquisição da propriedade de bem imóvel pelos índios é a usucapião, prevista no art. 33:

O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinqüenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal (BRASIL, 1973, grifo nosso).

Mais uma vez, encontra-se diante de um instituto “*sui generis*”, uma vez que tal modalidade da usucapião não está prevista nem nos arts. 550 e 551 do Código Civil – usucapião ordinária e extraordinária – nem no art. 191 da Constituição Federal – usucapião Constitucional, pois se desvelam, no instituto, alguns requisitos: a necessidade de beneficiar o indígena ou seu grupo, a ocupação da terra como própria, o prazo de 10 anos e a dimensão da terra – inferior a cinqüenta hectares, sendo que o parágrafo único prevê que a usucapião não recai nas terras de domínio da União onde há ocupação tradicional, em áreas reservadas ou em propriedade coletiva do grupo tribal. Diante desses requisitos, caberá ao índio ou sua coletividade, assistido pela FUNAI quando necessário, buscar a declaração judicial para adquirir o domínio pleno da terra.

O art. 39 do Estatuto do Índio, por seu turno, preceitua também que

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

constituem bens do patrimônio indígena (I) as terras pertencentes ao domínio dos grupos tribais; (II) o usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nas terras ocupadas por grupos tribais ou comunidades indígenas e nas áreas a eles reservadas; (III) os bens móveis ou imóveis, adquiridos a qualquer título (BRASIL, 1973, grifo nosso).

Significa, portanto, que todas as categorias de terras compõem os bens do patrimônio indígena. Nesse particular, as terras submeter-se-ão à gestão da FUNAI, posto que é o órgão competente para proteger direitos e interesses dos índios ou sua coletividade, evitando que celebrem negócios jurídicos que lhes causem prejuízos.

4 Breves considerações sobre a posse, a propriedade e o usufruto sob a ótica civilista e suas especificidades sob a ótica indianista

Os direitos indígenas revestem-se de muitas peculiaridades e, para analisá-los, é necessário, primeiramente, observar os mandamentos constitucionais, uma vez que a atual constituição inovou consideravelmente o tratamento atribuído à questão. Imprescindível, ainda, torna-se o estudo dos direitos garantidos pelo Estatuto do Índio, que devem ser observados como lei anterior e hierarquicamente inferior à Constituição, de modo que se possa adequar sua extensão e alcance, e, para bem compreendê-los, é salutar observar alguns institutos específicos, como o indigenato, bem como algumas noções de Direito Civil, já que é partindo-se desses institutos que se desvelam institutos próprios do direito indígena.

O estudo realizado até o presente momento deixa claro que não se está falando de institutos de Direito Civil, mas foi partindo destes que a Constituição criou institutos *sui generis*, específicos, que regulam a relação do índio com suas terras.

Quando se trata das terras indígenas que são de propriedade da União, a Constituição não está se referindo à propriedade pura e simples, já que esta pressupõe, segundo o Direito Civil, as faculdades do domínio que são caracterizadas pela possibilidade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como reavê-la de quem a detenha ou possua injustamente (PEREIRA, 2004, p. 91). Na seara dos direitos indígenas, a propriedade cabe à União que não poderá usar, gozar, tampouco dispor da coisa, devendo inclusive o Estado respeitar a forma tradicional com que tais etnias se organizam internamente.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Aos índios cabe a posse e o usufruto de suas terras, entretanto, observa-se que não se trata do mesmo modo, de uma posse consoante os elementos do Direito Civil. No art. 1.196, do Código Civil (CC), a posse é entendida como “a exteriorização do domínio, decorrente do exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes ao proprietário, cujo aspecto característico é o poder de fato que se exerce sobre a coisa, com natureza econômica individual” (CUNHA, 2000, p. 122).

O art. 23, do EI, determina que “Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade à sua subsistência ou economicamente útil.”

Ou seja, a posse indígena necessita de uma ocupação tradicional, intimamente ligada com a área habitada e utilizada para sua sobrevivência física e cultural enquanto grupo étnico. Nesse particular, grifa-se, ainda, a distinção existente entre posse direta e indireta:

possuidor indireto é o próprio dono ou assemelhado, que entrega seu bem a outrem. A tradição da coisa faz com que se opere a bipartição da natureza da posse. Possuidor direto ou imediato é o que recebe o bem e tem o contato, a bem dizer, físico com a coisa [...]. Nesse diapasão, serão possuidores diretos, também exemplificando, os tutores e curadores que administram bens dos pupilos; o comodatário que recebe e usufrui da coisa emprestada pelo comodante; o depositário que tem a obrigação de guardar e conservar a coisa recebida etc. Todos estes detêm posse de bens alheios. A lei ou o contrato, como regra geral, determinará a forma e o lapso temporal dessa posse direta (VENOSA, 2003, p.62).

Desse modo, a União tem a posse indireta das terras, sendo nua-proprietária e os índios a posse direta já que são usufrutuários podendo exercer faculdades que são inerentes ao domínio, tais como uso, fruição e reivindicação. Entretanto, mais uma vez, o instituto civilista é apenas o ponto de partida para a construção indigenista, já que a posse determinada pela lei não está vinculada à forma ou lapso temporal tal qual a posse direta do Direito Civil, subsumindo-se à posse permanente, perpétua, base da sobrevivência dos grupos indígenas, delineada pelo mandamento constitucional.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal “criou uma situação absolutamente especial relativamente aos territórios indígenas” (CUNHA, 2000, p.124), haja vista a propriedade ser pública, mas a posse privada, entretanto, não é identificada individualmente, o que faz com que ela também não se confunda com o instituto da composses em que “os

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

compossuidores exercem o poder de fato sobre a coisa de forma horizontal, de acordo com o mesmo título e com as mesmas peculiaridades” (VENOSA, 2003, p. 63), com vigência temporária que cessa com a extinção da relação jurídica na qual se baseia ou quando cessa o estado de indivisão.

Tais aspectos diferem da posse indígena que é perpétua, baseando-se em mandamento constitucional que estabelece uma posse normativa, ou seja, “posse por imposição jurídica, pouco importando a efetiva detenção, ou o corpus, na qualificação romana” (CUNHA, 2000, p. 125).

Cunha (2000, p. 133) registra que é a figura da posse que *viabiliza a garantia estatal às terras indígenas*, tendo como base o indigenato, que é anterior à demarcação:

estando a definição da terra indígena centrada na posse, eventual discussão em juízo repousaria sobre a ocupação de fato (o hábitat da comunidade indígena). Todavia, se ficasse centrada na propriedade, discutir-se-iam os títulos. Em conseqüência, a adoção da figura da posse é que viabiliza a garantia dada pelo Estado às terras indígenas, com fundamento no indigenato que antecede à demarcação.

Com o reconhecimento dos direitos originários em relação às terras que ocupam de forma tradicional, além dos direitos de posse e usufruto, terão os indígenas direito de propriedade sobre tudo que produzam coletivamente, uma vez que integram os bens do patrimônio indígena, enumerados pelo art. 39, do Estatuto do Índio.

Quanto ao usufruto indígena e ao usufruto estabelecido pelo Código Civil, este segundo, consoante entendimento de Venosa (2003, p. 423), constitui-se em direito real transitório que permite ao usufrutuário o uso e gozo “durante certo tempo, sob certa condição ou vitaliciamente de bens pertencente a outra pessoa, a qual conserva sua substância”. O usufrutuário possui, dessa maneira, a posse direta do bem, enquanto o nu-proprietário a posse indireta, sendo que o usufrutuário pode “ceder a coisa a terceiros, dá-la em locação e comodato, ou qualquer outro negócio atípico para essa finalidade” (VENOSA, 2003, p. 426). O usufruto jamais poderá ser perpétuo, sendo constituído por contrato, ato de última vontade e/ou por lei.

O usufruto indígena, por sua vez, possui natureza especialíssima e, sob esse aspecto, Nascimento (1991, p. 194) aponta que “não se constitui, ou constitui, por convenção voluntária; formou-se *ope legis* e tem relação usufrutuária mantida pela própria Constituição”.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Além disso, tal modalidade é plena e perpétua, não se extinguindo ou admitindo co-usufruto, tampouco pode ser transferido a qualquer título a não ser para a própria hereditariedade indígena, observando-se as regras internas de cada comunidade indígena e não nas regras relativas à sucessão.

Vislumbra-se a preocupação constitucional em não permitir que o usufruto indígena sofra qualquer forma de exploração alheia que possa culminar na perda da posse exercida pelos indígenas. Nessa linha, Cunha (2000, p. 136) considera que:

Os dois institutos – quais sejam, a posse permanente e o usufruto exclusivo – complementam-se e sustentam-se reciprocamente. Seguramente que a posse da terra é necessária e deve ser reiteradamente afirmada, contudo, apenas ela não basta às comunidades indígenas, que precisam empregar as riquezas nela existentes no seu próprio sustento, lazer e manifestações culturais. Isto só se aperfeiçoa através de um usufruto sujeito a peculiaridades e limitações que objetivam preservar a posse da terra, base para o desenvolvimento dos valores do povo indígena e garantia do seu futuro biocultural.

A relação do índio com suas terras assenta-se, sob a ótica do Direito Constitucional, em uma noção de tradicionalidade, vinculada a usos, costumes e tradições indígenas, local de sua sobrevivência física e cultural, enquanto grupo étnico diferenciado dos demais grupos da sociedade nacional. Dessa forma, reafirma-se que se trata de uma relação jurídica de Direito Público, que revela o reconhecimento de uma diversidade étnica dentro do país e busca formas de coexistir com vários etnocentrismos para a construção de uma sociedade pluralista e democrática.

Finalizando, traz-se à baila decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que assenta sua posição em aspectos trabalhados nesta seção:

A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República - ato estatal que se reveste de presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade - reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais. **A QUESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS - SUA FINALIDADE INSTITUCIONAL. - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União,**

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. A disputa pela posse permanente e pela riqueza das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constitui o núcleo fundamental da questão indígena no Brasil. A competência jurisdicional para dirimir controvérsias pertinentes aos direitos indígenas pertence à Justiça Federal comum (BRASIL, 1997, grifo nosso).

O reconhecimento da diversidade étnica que reside dentro de um mesmo país rompe com uma visão etnocêntrica, em que a condição de existência do “outro” era se enquadrar no modo de ser e de viver do pensamento hegemônico calcado na visão do não índio. Partindo-se dos institutos civilistas de posse, propriedade, usufruto que matizados pelo instituto do indigenato, enquanto instituição jurídica que garante um direito originário, firmado na noção de permanência imemorial, que, mais uma vez, repete-se, não pode ser contada, calculada temporalmente, uma vez que é fruto não do tempo, mas da existência anterior a qualquer outro povo ou “civilização” nestas terras brasileiras e da sobrevivência destes grupos, etnicamente diferenciados até os dias de hoje, a Constituição criou institutos particulares observados na seara de um direito próprio e possui relativa autonomia em relação aos outros saberes do direito por ter particularidades específicas, que são os direitos constitucionais indígenas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 480. Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos dos arts. 4º, IV, e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas. DJ de 10/12/1969, p. 5930; DJ de 11/12/1969, p. 5946; DJ de 12/12/1969, p. 5994.

_____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L6001.htm>>. Acesso em: 15 set. 2010.

_____. ACO-QO 275. Questão de Ordem na Ação Cível Originária. Rel. Min. Cunha Peixoto. Julgamento: 25/06/1980. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 19/09/1980.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.16.443-DF. Rel. Min. Victor Nunes Leal. RTJ 49/295.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

_____. Recurso Extraordinário 183188/MS. Rel. Ministro Celso de Mello, órgão julgador: 1ª Turma, DJ 14-02-1997. p. 01988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Emenda Constitucional nº 48, de 10 de agosto de 2005. Acrescenta o § 3º ao art. 215 da Constituição Federal, instituindo o Plano Nacional de Cultura. DO 11/08/2005. p. 1, Seção I.

_____. Decreto 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm>. Acesso em: 15 set. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3388. Ação Popular. Relator: Min. Carlos Ayres de Brito. Roraima, DJ de 25 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>>. Acesso em: out. 2009.

CUNHA, Cláudio Alberto Gusmão. O atual regime jurídico das terras indígenas. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2000.

CUNHA, Manuela Carneiro. Parecer sobre os critérios de identidade étnica. In: COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO. O Índio e a cidadania: 96/100. São Paulo: Brasiliense, 1983.

_____. Definições de índio e comunidades indígenas. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos et. al. Sociedades Indígenas e o Direito: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Ed. Da UFSC. CNPq, 1985.

_____. Os índios no direito brasileiro hoje. São Paulo, 1997. Comissão Pró-Índio de São Paulo.

CUNHA, Manuela Carneiro da. El concepto de derecho consuetudinario y los derechos indígenas en la nueva Constitución de Brasil. In: STAVENHAGEN, Rodolfo; ITURRALDE, Diego G (Comp.). Entre la ley y la Costumbre - El derecho consuetudinario indígena en América Latina. México: Instituto Indigenista Interamericano; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 299-314.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Argumento Antropológico e Linguagem Jurídica. In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira. A perícia antropológica em processos judiciais. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1994. p. 107-114.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 92.01.00681, Rel. Juíza Eliana Calmon, Órgão Julgador: Quarta Turma, Publicação: 16/03/1992 DJ, p.05570, data da decisão: 19/02/1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GAIGER, Júlio M. G. Direitos indígenas na Constituição Brasileira de 1988 (e outros ensaios). Brasília: CIMI, 1989.

LARANJEIRA, Raymundo. Direito agrário: perspectivas críticas. São Paulo: LTr, 1984.

LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento das terras indígenas – a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana. Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: SAF/NDI, 1993. pp. 65-80.

MENDES JÚNIOR, Onofre. Direito Administrativo. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Bernardo Álvares, 1961.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel de Castro do. A ordem social e a nova Constituição. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 4. Direitos Reais.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

ROCHA, Ana Flávia (Org.). A defesa dos direitos socioambientais no Judiciário. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

ROCHA, Everardo. O que é etnocentrismo. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas por índios. In: SANTILLI, Juliana. Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: SAF/NDI, 1993. pp.45-51.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O renascer dos povos indígenas para o direito. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção Direito Civil, v. 5).