

As Terras Indígenas no Direito Constitucional Brasileiro e na Jurisprudência do STF

Aurélio Wander Bastos

Prof. da Faculdade de Direito Cândido Mendes e
Pesquisador da Fundação Casa Rui Barbosa

Neste trabalho analisamos uma das vertentes de nossa pesquisa sobre a Jurisprudência Brasileira nos Tribunais Superiores e a proteção a faixas minoritárias da população brasileira, o que limita a sua autonomia temática e metodológica. A pesquisa, pela sua própria natureza, está se desenvolvendo com uma série de dificuldades conceituais preliminares, principalmente porque não é próprio da nossa legislação especificar tratamentos diferenciados. Muito embora ocorram ao nível da vida social, juridicamente só são detectáveis enquanto situações concretas colocadas à decisão dos tribunais. Mesmo assim, não podemos falar num conjunto coeso de decisões judiciais ou de uma orientação jurisprudencial uniforme, o que não impede, é claro, que sejam catalogáveis, mas dificilmente sumuláveis e quase impossível de se codificar.

Muito interessante é que quando, ao nível da sociedade, falamos em faixas de população juridicamente desprotegida, ao nível da linguagem jurídica são exatamente aquelas faixas que recebem tratamento privilegiado. Diversamente da linguagem cotidiana, minorias, ao nível da dogmática brasileira, não são frações discriminadas ou explicitamente desprotegidas da população, mas, exatamente aquelas que, por razões de cor, de raça, de credo ou até de sexo gozam de proteção jurídica excepcional. A excepcionalidade da proteção legal na legislação brasileira é que nos permite juridicamente defini-las

como minoria e não propriamente dispositivos legais especificamente discriminadores ou práticas de relacionamento social que, devido a suportes jurídicos, viabilizam posturas e atitudes que violem situações de fato ou jurídicas.

Neste sentido, juridicamente, da mesma forma que o negro, as mulheres ou os menores, os indígenas classificam-se como minorias, pela especificidade da proteção legal, muito embora não haja qualquer parâmetro jurídico que permita identificar integralmente a situação de uma fração com outra. As variantes do tratamento "protetor" da lei em cada uma destas frações tem a sua especificidade e a sua vocação diferenciada.

No que se refere aos indígenas, ou silvícolas, para usar a linguagem jurídica, a preocupação protetora, todavia, tem uma vertente somente identificável com os menores, que, pela sua natureza meramente etária, aplica-se durante uma faixa biológica de sua vida e não em função de sua situação cultural ou social.⁽¹⁾ Todavia no que se refere aos indígenas, o dispositivo não tem qualquer caráter de transitoriedade, como antigamente acontecia com a mulher casada, mas de estigma jurídico com evidentes efeitos no exercício da cidadania. Todavia, como se poderá observar, a nossa preocupação neste trabalho não é estudar a limitação da capacidade civil do índio brasileiro, mas os problemas que advêm desta limitação para o pleno exercício do direito de propriedade, enquanto vertente significativa da cidadania civil, na jurisprudência do STF.

Conseqüentemente, há de se entender que o nosso trabalho está circunscrito, em primeiro lugar, ao exercício do direito de propriedade pelos indígenas, enquanto índio, na sua comunidade. Em segundo lugar ao posicionamento constitucional republicano sobre as terras indígenas e o direito dos indígenas explorá-las, na estrita visão da legalidade constitucional e no seu entendimento jurisprudencial pelo STF. Estas duas vertentes se permeiam e, ao mesmo tempo, estão cruzadas pela variável significativa da capacidade relativa, nos termos de sua definição no Código Civil.⁽²⁾ Nestes termos, há que se esclarecer que este texto, pela sua origem temática e metodológica, pode apresentar várias imperfeições. Em primeiro lugar, porque originariamente o nosso objetivo era de mera consolidação de decisões jurisprudenciais sobre "minorias"

(1) Lei 3071, de 01.01.1916 (Código Civil), art. 6.º item IV: "São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, I) ou a maneira de os exercer: os silvícolas."

(2) Lei 3071, de 01.01.1916 (Código Civil) art. 6.º, idem.

(dentre elas os indígenas); em segundo lugar, porque as nossas conclusões foram retiradas de um universo de informações previamente definido, muito embora aleatório e não direcionado. Todavia, há que se reconhecer que as inclinações jurisprudenciais são bastante nítidas e traduzem, com razoável certeza, a política da jurisprudência sobre terras indígenas, especialmente no STF.

Preliminarmente, todavia, há que se reconhecer que, da mesma forma que nos diversos âmbitos da ordem jurídica brasileira, há um predomínio absoluto das referências dogmáticas no encaminhamento dos problemas sobre terras indígenas. A jurisprudência de outros Tribunais, mesmo dos Tribunais superiores, bem como da doutrina brasileira, aliás escassa na sua própria dimensão jurídica, é muito pouco usada, e os autores citados, em geral, o são muito mais porque tratam, em tese, de determinados institutos jurídicos do que da aplicação destes institutos à problemática indígena. Esta variável é dominante não só no que se refere aos problemas juridicamente discutidos na jurisprudência sobre capacidade relativa, como também sobre propriedade, bens públicos, inalienabilidade, posse de terra e o próprio conceito de silvícola.

Neste sentido, para que se tenha uma exata dimensão da evolução legislativa brasileira sobre o problema indígena e seus conseqüentes efeitos jurisprudenciais, há que se reconhecer que os limites das decisões, especialmente na República, sempre foram definidos constitucionalmente. Parece-nos, mesmo, que não é demais afirmar que, se no Império, o respeito pelas terras de nossos índios foi uma constante preocupação dos estadistas, sem que fosse constitucionalmente contemplada, as diretrizes constitucionais fixadas pela Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891,⁽³⁾ no que se refere às terras devolutas, provocaram efeitos que significativamente dificultaram a definição e delimitação do controle das terras indígenas a partir da promulgação da Constituição Brasileira de 16 de julho de 1934.

Assim, da mesma forma que a Constituição Imperial, a nossa primeira Constituição Republicana não fez referências expressas aos silvícolas. Todavia, a forma que utilizou para regulamentar o domínio das terras devolutas influiu direta-

(3) Estabelece o art. 64 desta Constituição: "Pertencem aos *Estados* as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais."

mente na delimitação da política indígena, especialmente no que se refere ao uso e posse das terras que habitavam. A política descentralizadora que influiu na definição do federalismo de 1891 alocou para o domínio dos estados federados as terras devolutas e, conseqüentemente, como observaremos, transferiu o tratamento do problema indígena, enquanto terras indígenas, para o controle dos estados. Esta inclinação da Constituição Republicana de 1891 deu aos Estados um poder significativamente abrangente sobre a política de terras no Brasil, bem como influiu em toda a formulação legislativa subsequente, especialmente porque associa e não diferencia terras devolutas de terras indígenas. Estas se incluíam naquelas. Por esta específica razão os Estados federados tinham um amplo poder de transferência e negociação de terras e, por força da própria disposição constitucional, não estavam sujeitos a qualquer exigência ou comprovação da posse e titulação. Esta situação, de certa forma, levou nossos tribunais ao reconhecimento sucessivo, de todas as negociações de transferência de terras devolutas a terceiros pelos Estados. A prova mais evidente desta situação é que toda a jurisprudência brasileira que sucedeu à Constituição de 1891 formou-se sobre a discussão da competência dos Estados federados para transferir a terceiros terras devolutas ou áreas de interesse público; como não poderia deixar de ser, devido a localização geográfica dos silvícolas, com efeitos sobre as terras de seu tradicional habitat.⁽⁴⁾

A Constituição Brasileira de 16 de julho de 1934 procurou corrigir a "distorção" federativa originária e, como em tantos outros aspectos, procurou trazer para o âmbito constitucional não só o específico problema das terras de silvícolas, mas também a delimitação e definição da política nacional sobre silvícolas.⁽⁵⁾ A medida que a Constituição de 1934 definiu pa-

(4) Sobre este assunto o Mandato de Segurança n.º 20.234 (MT) do STF de 4 de junho de 1980 (RTJ n.º 99, p. 70) diz explicitamente em decisão sobre a constitucionalidade do Decreto n.º 84.357, de 21.12.79, que fixa limites da Reserva Indígena de Parabubure: "o direito de domínio e posse do Estado de Mato Grosso (o primitivo alienante das terras) que tinha sido transmitido pela Constituição da República de 1891 e dele não se podia exigir documento para a prova de seu domínio." Esta orientação vinha predominando no STF a partir de decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 51.290 (GO) de 24.9.1968 (RTJ n.º 48, p. 49), sobre domínio de bem público, reconhecendo-se, neste sentido, a validade dos atos de transferência de terras devolutas efetuadas pelos Estados federados.

(5) Estabelece o seu art. 5.º item XIX, letra m: "Compete privativamente à União." "Legislar sobre": "incorporação de silvícolas à comunhão na-

râmetros gerais para a política indígena, restringiu significativamente não só o tratamento depredatório e negocista das terras indígenas, mas, mais que isto, trouxe para o âmbito Constitucional a proibição do próprio indígena alienar ou transferir a posse das terras em que permanentemente estivesse localizado. O dispositivo Constitucional deu direção e sentido específico às disposições da legislação civil vigente⁽⁶⁾ e, mais que isto, resguardou ao nível constitucional suas proposições, retirando-lhes o caráter de abstração e generalidade. A Constituição Brasileira de 1934, dentre tantas outras iniciativas, trouxe para a proteção federal o problema da posse de terras tradicionalmente habitadas pelos indígenas, neutralizando a política ocupacionista incrementada pelos Estados sob a égide da Constituição Brasileira de 1934, dentre tantas outras iniciativas, trouxe uma política nacional de integração de silvícolas à comunhão nacional, sem apropriar-se das áreas tradicionalmente ocupadas pelos indígenas. Ao contrário, a Constituição de 1934 determinava o respeito à posse de terras silvícolas vedando, inclusive, que eles próprios as alienassem.

Esta orientação, inaugurada com a Constituição de 1934, presidiu também a Constituição de 10.11.1937, com meras alterações de linguagem,⁽⁷⁾ muito embora ela tenha suprimido de suas preocupações a política de incorporação dos silvícolas a comunhão nacional. Domina na orientação da Constituição de 1937 a preocupação preliminar em resguardar a posse dos silvícolas nas terras em que se encontrassem em caráter permanente e, suplementarmente, a proibição de aliená-las.

A Constituição Brasileira de 18.9.1946 retoma a preocupação instaurada com a Constituição de 1934 e reafirma a política de terras introduzida com a Constituição de 1934,⁽⁸⁾ alterando apenas a proibição de alienação de terras de posse indígenas pelos silvícolas para proibi-los de transferi-las.⁽⁹⁾ É

cional.” Da mesma forma está no art. 129: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizadas, sendo-lhes, no entanto, vedado *aliená-las*.”

- (6) Ver art. 6.º, item IV do Código Civil e, especialmente o art. 147 do próprio Código que estabelece: “É anulável o ato jurídico”: I “Por incapacidade relativa do agente (art. 6.º).”
- (7) Assim está no seu art. 154: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizadas em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.”
- (8) O seu art. 5.º estabelece: “Compete à União: IV — legislar sobre: r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.”
- (9) O seu art. 154 estabelece: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizadas em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada, a alienação das mesmas.”

claro que esta modificação de palavras no texto legal tem significativos efeitos de interpretação, principalmente se levarmos em conta que juridicamente o termo alienação implica necessariamente na cessão de bem que pertence àquele que aliena, enquanto que o termo transferência implica na transferência de bem, mas em cessão que pode não ser exclusivamente de bem que pertença àquele que transfere.

Todavia, a jurisprudência brasileira que consultamos, para efeitos deste trabalho, não demonstra qualquer preocupação efetiva com estas palavras. O que se conclui é que a Constituição de 1946 abriu espaços para que a discussão jurisprudencial assumisse aspectos acentuadamente inovadores em relação ao problema indígena, que, de certa forma, foi interrompido pela Constituição Brasileira de 24 de janeiro de 1967, e subsequente Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, que abriu nova vertente na política constitucional, com significativos efeitos jurisprudenciais, no tratamento específico do problema indígena.

A Constituição Brasileira de 1967/69 inverteu completamente em relação às Constituições anteriores o tratamento da questão das terras indígenas. Se antes a questão das terras indígenas concentrava-se na questão da posse permanente das terras pelos silvícolas e no impedimento que eles tinham de aliená-las, com sua promulgação, a questão fundamental transferiu-se, preliminarmente, para a definição constitucional de que as terras ocupadas pelos silvícolas incluem-se dentre os bens da União.⁽¹⁰⁾ O problema do direito de posse dos silvícolas, neste sentido, não está constitucionalmente definido como posse, em tese, anteriormente entendidas como posse de terras devolutas, mas como posse de bem da União. A redação originária da Constituição de 1967 deixava, inclusive, em aberto, a transferência pela União destes bens. Não havia no texto constitucional qualquer impedimento de inalienabilidade, muito embora reconhecesse aos silvícolas a posse das terras que habitassem e o usufruto dos recursos naturais.⁽¹¹⁾

(10) Assim está no art. 4.º "Incluem-se entre os bens da União: IV as terras ocupadas pelos silvícolas." "A Constituição resguardou também a competência para legislar sobre incorporação dos silvícolas, como se vê da redação do art. 8.º 'Compete à União', item XVII — legislar sobre: o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão parcial."

(11) Assim está no art. 186 da redação originária: "É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes."

É claro que a ausência desta limitação de inalienabilidade gerou enormes dificuldades para a União, com relação ao domínio, a posse e à ocupação das terras indígenas. Por estas razões o texto original da Constituição de 1967 foi alterado pela Emenda n.º 1/69. Esta emenda, de verdadeira dimensão constitucional, estendeu significativamente a política de tratamento da questão das terras indígenas, introduzindo, explicitamente, no texto constitucional, a inalienabilidade das terras habitadas por silvícolas, como preocupação principal, além do que reconheceu o direito de posse dos silvícolas e o direito de usufruto, fixado no texto originário da Constituição de 1967.⁽¹²⁾

Nos termos da EC n.º 1/69 a inalienabilidade é, como não poderia deixar de ser, uma proibição à União e não aos silvícolas diversamente da orientação constitucional anterior e, por esta razão explícita, a eles só se poderia reconhecer o usufruto e não a posse ou propriedade das riquezas ou utilidades encontráveis nas terras que, porventura, tivessem a posse. Conseqüentemente, há que se reconhecer que nos exatos termos constitucionais as terras ocupadas por silvícolas são bens da União, cabendo-lhes apenas a posse, bem como das riquezas que ali se encontram têm, apenas, o direito de usufruto. É dentro deste panorama constitucional que tem flutuado a jurisprudência brasileira, muito embora deva se reconhecer que, se o STF tem apreciado questões pertinentes à inalienabilidade das terras pela União, em qualquer momento apreciou a questão da apropriação pela União de bens que tradicionalmente os silvícolas tiveram a posse.

Vitor Nunes Leal⁽¹³⁾ observa que “a Constituição atual (refere-se à CF/67) dispõe que as terras ocupadas pelos silvícolas pertencem à União, mas o seu art. 186 reproduz o art. 216 da Constituição anterior, com este acréscimo: “reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existen-

(12) Assim está redigido o art. 198 da Constituição com a redação dada pela Emenda n.º 1 de 17.10.69: “As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo. § 1.º — Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. § 2.º — A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.”

(13) Ver STF. MS n.º 16 443 de 9 12.67 D.F. *in* RTJ, vol. 49 p. 295.

tes". Continuando, afirma: "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". Veja-se, por conseguinte, que Vitor Nunes Leal atribui ao bem público caráter de inalienabilidade, muito embora esta não esteja explicitamente referida na legislação (CF/67), diversamente da disposição constitucional de 1946, que, se não falava em inalienabilidade das terras, proibia a sua transferência pelos silvícolas.

Todavia, o que há de mais interessante na opinião de Vitor Nunes Leal é que ele procura transpor os estritos limites da dogmática, para ampliar a discussão dos problemas referentes às terras indígenas para uma discussão não exclusivamente patrimonial. A sua observação literal é a seguinte: "na abordagem da questão das terras de silvícolas não está envolvido uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o habitat dos remanescentes das populações indígenas do País. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono em que ficaram". Finalmente, ele esclarece: "a nossa opinião é no sentido de não ficarem esses bens públicos — as terras ocupadas pelos índios — bem como os seus frutos, sujeitos à mesma disciplina jurídica dos demais bens públicos."

Esta orientação, em tese, pretendida por Vitor Nunes Leal, não predominará e nem predomina no entendimento jurisprudencial da Constituição 67/69. Todavia, permite-nos mostrar que, se não predominou, pelo menos durante um certo período se ensaiou, no que se refere aos silvícolas, um entendimento mais sociológico e aberto, não estritamente dogmático, nas decisões que envolvessem questões sobre suas terras, posse e usufruto de suas riquezas. Orientação bastante semelhante à de Vitor Nunes Leal, mas também sem expressão decisória, é a que vinha presidido os relatórios e votos de Hermes Lima.⁽¹⁴⁾ Assim observa: "Os índios neste país possuem uma história do maior interesse, e até uma história com lances de tragédia. Eram três milhões, mais ou menos, quando o Brasil foi descoberto. (...) Apesar de cooperantes, o que os índios receberam dos colonizadores foi, a rigor, uma exploração brutal, uma escravização brutal. A catequese que se estabeleceu

(14) Ver especialmente: STF. MS n.º 16 443 de 9.11.67 D.F. *in* RTJ, vol. 49, p. 295.

(...) partia de um princípio falso, de que a cabeça do índio era um quadro em branco. (...) A mentalidade dos índios nunca foi reconhecida pelos colonizadores nem pelo invasor, que não estavam sociologicamente preparados para isto. (...) Com Rondon marcou-se uma etapa nova, que foi o ponto de partida para as idéias modernas a respeito do modo pelo qual os índios devem ser tratados. Surgiu o Serviço de Proteção ao Índio, mas, a rigor, os índios continuaram perdendo, continuam perdendo". Por fim afirma Hermes Lima na dimensão específica de nosso interesse: "os índios são tutelados da nação; os bens não podem deixar de ser públicos, e são públicos, como se verifica desde a Constituição de 1946. (...) As terras dos índios são patrimônio público, na verdade desrespeitado, invadido, mas é patrimônio público."

O que nos parece significativo é que com a promulgação da Emenda 1/69, introduzindo especificamente que as terras indígenas são inalienáveis nos termos de lei federal reduziu-se a discussão da questão das terras indígenas como bem público a uma questão de direito patrimonial, com exclusivo predomínio do entendimento dogmático, divergente, por conseguinte, da opinião de Vitor Nunes, subsidiada por Hermes Lima. Para eles o problema das terras indígenas não se reduz a uma simples questão de direito patrimonial, mas está intimamente associado às variantes culturais da vida do indígena, e juridicamente, deve ser observada também como problema cultural, especialmente a se considerá-las como habitat remanescente de populações primitivas. Esta posição, pelo menos em tese, permitiria um entendimento extensivo da legislação, com efeitos significativos sobre o processo de integração e sobrevivência dos silvícolas em áreas de que tenham a posse imemorial.

A jurisprudência do STF, todavia, como já observamos, não privilegia no entendimento da questão das terras indígenas, o conceito de posse imemorial ou habitat remanescente, de dimensão mais sociológica e antropológica, com evidentes benefícios para as comunidades indígenas, apesar desta orientação, de certa forma, ter influído na elaboração do Estatuto do Índio.⁽¹⁵⁾ O princípio geral que tem presidido o entendimento do STF está longe desta opinião, o que nos permite afirmar

(15) O art. 17 da Lei 6001/73, entende, inclusive, que reputam-se terras indígenas as de domínio das comunidades, bem como o art. 25 estabelece que a caracterização dos direitos do índio à posse permanente de terras independe de demarcação e deve-se levar também em conta o consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação.

que o enfoque jurídico do Estatuto colide com o enfoque Constitucional, que preside a orientação jurisprudencial. Décio Miranda,⁽¹⁶⁾ em recente voto no STF, assim se posiciona, o que é muito expressivo da orientação dominante: "O mau uso da utilização das benesses facultadas pelo art. 198 da Constituição Federal desestabiliza toda a base de sustentação em que se fundamenta a sociedade brasileira — o respeito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade — isto porque a falta de critério ou gabarito no estabelecimento das reservas ou modificações destas, com adoção de soluções simplistas, pretendendo desconhecer direitos legitimamente tutelados e desprezando princípios consagrados pela Constituição Federal, no que concerne a direitos e garantias individuais. O problema é tão alarmante que a segurança dos títulos dominiais, princípio que norteia a estabilidade social, mormente quando expedidos pelo poder público — União, Estados e Municípios — torna nula face às malsinadas e constantes ampliações de reservas, eis que um título até então válido, justo título, passa, por arte de simples decreto, a se enquadrar nas condições previstas no art. 198, § 1.º da Constituição Federal e, por mera propositura do órgão tutelar dos silvícolas, é encampada pela autoridade maior do Poder Executivo, nem sempre bem informada da real situação da área. Há que se sanar tamanha aberração jurídica (...)." Esta opinião de Décio Miranda é significativa e traduz a exata contradição entre a teoria jurídica do Estatuto do Índio e a tentativa de positivá-lo no art. 198, § 1.º da Constituição Federal e a teoria constitucional brasileira, presidida pelo liberalismo individualista e pela dogmática jurídica.

Conseqüentemente, como se deduz, há que se reconhecer que, na política da jurisprudência brasileira sobre terras indígenas, podem-se identificar duas específicas vertentes: a primeira delas, embrionária, não se consolidou propriamente como orientação jurisprudencial, mas permitia antever que a questão das terras indígenas deveria ser predominantemente entendida de uma perspectiva sociológica e antropológica, ou seja, a discussão sobre o direito patrimonial sobre as terras indígenas não deveria se reduzir à estrita dogmática, mas absorver, também, o conceito de posse imemorial ou habitat remanescente. A segunda vertente, predominante no entendimento do STF, diverge significativamente da primeira, ou seja,

(16) Ver STF. MS n.º 20 215 (MT) de 5.3.1980, *in* RTJ, vol. 93 p. 86. Ver também STF MS n.º 16 433 (DF) de 9.11.67, RTJ, vol. 49, p. 48 e segs.

a teoria jurídica da posse imemorial de terras como habitat remanescente dos índios como fundamento inquestionável de Direito, se contrapõe aos princípios constitucionais básicos do respeito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Poder-se-ia acrescentar uma terceira vertente, todavia, sem qualquer expressão na jurisprudência brasileira: o enfoque nitidamente antropológico do Estatuto do Índio, que não é, todavia, objeto deste estudo.

Neste sentido, há que se reconhecer que toda a moderna jurisprudência do STF, e até do Tribunal Federal de Recursos (TFR), se orienta em função dos princípios constitucionais, predominando, de certa forma, nas decisões os parâmetros jurídicos da legalidade vigente. Assim, há na jurisprudência uma significativa tendência a se equiparar o patrimônio indígena ao patrimônio público *stricto sensu* para efeitos de aplicação das normas legais sobre alienação, especialmente devido à tutela a que está o índio submetido. Da mesma forma, a jurisprudência entende que, se antes da promulgação da Constituição 67/69, as terras indígenas eram tidas como de domínio público, agora são bens da União e os silvícolas apenas permanecem na sua posse. A jurisprudência também vem entendendo que os Estados federados não têm qualquer competência para fixar limites ou transferir terras de ocupação indígena, ficando na exclusiva competência da União esta matéria, inclusive a delimitação e fixação de reservas indígenas,⁽¹⁷⁾ isto significa que a Ação Popular só é instrumento judicial útil como instrumento de anulação de atos lesivos, não ao patrimônio indígena, mas ao patrimônio da União. Neste sentido, vale esclarecer que não existem instrumentos processuais que permitam a defesa *stricto sensu* do patrimônio indígena. Os instrumentos processuais servem aos indígenas, apenas, enquanto se equipare e entenda que as terras indígenas são bens da União. Nestes casos a jurisprudência tem acatado a Ação Popular ou o Mandado de Segurança, e nos casos de posse individual a Ação de Usucapião; o que não se estende nem tem beneficiado o indígena, pelas limitações prescritas na legislação civil. De qualquer forma, o Estatuto do Índio reconhece a capacidade litigante dos grupos tribais ou comunidades indígenas,⁽¹⁸⁾ que

(17) Ver STF. A. Civ. n.º 9 620 (MT) de 27.3.69, RTJ n.º 49, p. 758.

(18) Assim está na Lei 6 001/73 (Estatuto do Índio), art. 37 — “os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público ou da FUNAI.”

é uma significativa abertura jurídica, mas, até hoje, sem qualquer efeito prático.

No que se refere a estes aspectos processuais, não se tem aplicado aos indígenas as disposições do CPC,⁽¹⁹⁾ pois, para postular em juízo é necessário interesse e legitimidade, além da capacidade processual. Na dogmática brasileira legitimidade se confunde com titularidade do direito e, no caso das terras indígenas, a União é que é titular do direito de propriedade, o que não se confunde com a titularidade do direito de posse, este, sim, do indígena. Na dimensão estrita da dogmática o indígena está condenado ao exclusivo exercício do direito de posse.

No que se refere ao papel da FUNAI, de certa forma, embora que não predominantemente, têm entendido os Tribunais Superiores que ela é incompetente para reintegrar na posse indígena terras de antigo domínio indígena ocupadas por colonos que nelas fizeram benfeitorias e pagaram regularmente taxa de ocupação de terras tidas como devolutas.⁽²⁰⁾ Neste sentido, tem predominado que a autoridade executiva ou judiciária não pode ferir direito líquido e certo de terceiros quando não havia qualquer demarcação de reservas e as terras eram tidas como devolutas, aplicando-se sumariamente o Código Civil.⁽²¹⁾ Finalmente, no STF se localiza também significativa jurisprudência sobre constitucionalidade da competência do Presidente da República para fixar as Reservas Indígenas.⁽²²⁾ Em geral, as decisões admitem que não é inconstitu-

(19) Assim está na Lei n.º 5 869 de 11.1.73 (CPC) art. 7.º: “Toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos tem capacidade para entrar em juízo.” Da mesma forma assim está no art. 8.º: “os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da Lei Civil.”

(20) Ver TFR. MS. 68 522 de 29.2.72 RTFR — Vol. 34, p. 156.

(21) Lei n.º 3 071 de 01.01.1916 (Código Civil), art. 508: “Se a posse for de mais de ano e dia, o possuidor será mantido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários.”

(22) Ver especialmente, STF. MS n.º 202 037 (MT) de 4.6.80. RTJ. Vol. 99, p. 68 e segs. e STF. MS n.º 20 215 (MT) de 5.3.80. RTJ. Vol. 93, p. 84 e segs. Esta matéria é regulada pelo Decreto n.º 76 999 de 8.10.76 combinado com o Estatuto do Índio conforme se verifica no seu artigo 19: “As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas de acordo com processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.” Recentemente o Decreto 88 118 de 23.2.83 retirou da FUNAI a exclusiva competência de iniciativa para demarcação de terras, estendendo-a ao Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários e também para outros órgãos federais e estaduais julgados convenientes. Este decreto foi regulamentado pela Portaria 002 de 17.3.83 que especifica a

cional o ato do Presidente da República mas, não se apóiam na orientação dominante no Estatuto do Índio, que absorve, de certa forma, conceitos antropológicos. O STF, em geral, entende que “presumíveis” prejudicados não podem ajuizar Mandado de Segurança contra o ato do Presidente da República, não porque são terras usual e tradicionalmente habitadas pelos índios, mas por exigir exame de matéria de fato controvertida.⁽²³⁾

Conclusivamente, há que se reconhecer que as limitações jurisprudenciais no tratamento da questão das terras indígenas estão indissolúvelmente ligadas aos dispositivos constitucionais que fixam a política indígena no Brasil. Suplementamente, todavia, não há como desconhecer que as tradições dogmáticas da jurisprudência brasileira influem e limitam sensivelmente qualquer interpretação jurídica mais aberta, sociológica ou antropológica, o que necessariamente restringe as possibilidades de uma adaptação dinâmica da legislação constitucional à problemática indígena. A estes fatores se acrescenta a ausência de instrumentos processuais específicos para a proteção de interesses coletivos e difusos, o que se estende às comunidades indígenas, bem como a absorção jurídica e jurisprudencial de conceitos antropológicos e sociológicos, muitos deles transcritos na própria legislação ordinária sobre indígenas, mas só utilizada na política de decisões em caráter suplementar.

Todos estes fatores de ordem jurídica, no entanto, estão perpassados pelas variantes politicamente intervencionistas, que de certa forma provocam significativas inclinações na Constituição Brasileira. Por esta específica razão, alterações na linha de orientação jurisprudencial, dadas as suas inclinações nitidamente legalistas e positivistas, exigem necessariamente reformulações do próprio contexto constitucional. Desta forma, implementar uma política constitucional sobre terras indígenas implica, necessariamente, na avaliação do dispositivo constitucional que as define como bens da União e o respectivo impedimento para aliená-las, bem como esta avaliação tem que se estender, necessariamente, ao direito de posse que os índios têm sobre estas terras e ao usufruto de suas riquezas e benefícios. A disciplina jurídica dos bens públicos

matéria, além disso, no seu art. 3.º, parágrafo único estabelece que a definição de área indígena se deverá levar em consideração “o interesse público, o interesse indígena, os problemas sociais e outros”.

(23) Ver especialmente STF. MS n.º 20 234 de 4.6.1980, RTJ, v. 99, p. 69 e segs.

indígenas não deveria ficar sujeito à mesma disciplina dos demais bens públicos, especialmente devido à íntima correlação entre o uso pelos indígenas da terra, não exclusivamente como patrimônio econômico, conforme sua conotação jurídica positivista, mas também como habitat imemorial, pressuposto da sua estrutura de organização e da sua cultura.

Finalmente, a Constituição brasileira precisa reincentivar a política de integração do indígena à comunhão nacional sem mutilar o destino de suas terras, resguardando os seus valores culturais básicos, como valores e manifestações ligadas à terra e ao que ela produz. Não é através de uma política de incorporação das terras ocupadas pelos silvícolas como bens da União que se definirão formas e mecanismos viáveis de se integrar os indígenas à comunidade nacional, mas, isto sim, privilegiando, através de sua organização autônoma,⁽²⁴⁾ a política de integração entre a cultura indígena enquanto manifestação indissolúvelmente vinculada à terra como habitat imemorial, e os padrões culturais da nossa organização política e jurídica.

Por fim, não podemos deixar de reconhecer as significativas dificuldades de se acomodar à ordem jurídica dominante, especialmente condicionada pelos parâmetros legalistas de organização, sociedades históricas organizadas em função de padrões e valores costumeiros e imemoriais. Verdadeiramente, esta a grande dificuldade para se sintonizar o legalismo racionalista da ordem jurídica brasileira⁽²⁵⁾ e o tradicionalismo espontâneo e consuetudinário⁽²⁶⁾ que preside a vida comunitária dos indígenas locais. Na prática, a política indigenista deve, necessariamente, buscar formas em que o legalismo jurídico não signifique a interceptação da interpretação extensiva, especialmente antropológica e sociológica, pelos tribunais, mas seja um instrumento útil para a viabilização dos interesses e espaços específicos das comunidades indígenas.

(24) A ordem jurídica brasileira não reconhece, em tese, apesar do disposto no art. 37 do Estatuto do Índio, as comunidades indígenas como pessoas jurídicas, o que impede que estas comunidades administrem suas próprias terras, o que seria perfeitamente viável sob a proteção da União e sem o intervencionismo vigente.

(25) Ver Luis Ricaséns Siches: *Nueva Filosofía de la interpretación de Derecho*. FCE. México, 1956

(26) Ver Aftalion Olavo Vilanova: *Introducciónal Derecho*, 2.º vol. Ed. Ateneo. B.A., 1956, p. 407 e também A. L. Machado Neto: *Compêndio de Ciência do Direito*. Saraiva, SP. 1973, p. 26.