

**A EFETIVIDADE DO MEIO AMBIENTE CULTURAL
E A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS:
A NULIDADE DOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE
NAS TERRAS TRADICIONAIS DO POVO PATAXÓ
HÃ HÃE NO EXTREMO SUL DA BAHIA**

**THE EFFECTIVENESS OF DE CULTURAL
ENVIRONMENT AND THE DEMARCATION OF
INDIGENOUS LANDS: THE NULLTY OF PROPERTY
TITLE IN THE TRADITIONAL LANDS OF THE
PATAXÓ PEOPLE IN THE SOUTHERN OF BAHIA**

*Luiz Antonio Chaves**

RESUMO

O etnocentrismo que ainda marca os estudos do Direito Indígena no Brasil não está adequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Assim, ao analisar o julgamento do Supremo Tribunal Federal na Ação Originária n. 312/BA, relacionado à nulidade de títulos de propriedade, busca-se resgatar os pressupostos fundantes do constitucionalismo. Este entendido como o resguardo normativo de uma sociedade plural que entabula as regras para sua convivência em comum. A dimensão do cultural do Direito Ambiental orienta para uma reflexão inclusiva, ainda que tardia, do indigenato para o século XXI, não pode ocorrer sob as bases hermenêuticas dos paradigmas anteriores, mas elevando-se ao grau máximo o procedimento de igual respeito e consideração ao universo de cada integrante dessa comunidade política.

Palavras-chave: Meio ambiente cultural; Indigenato; ACO n. 312/BA; Direito de propriedade.

* Mestrando em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) – Belo Horizonte/MG. Advogado Indigenista e membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MG. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica – NPJ, da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Correspondência para/Correspondence to: Rua Álvares Maciel, 628, Bairro Santa Efigênia, Belo Horizonte/MG, 30150-250. E-mail: luizchaves@domhelder.edu.br.

ABSTRACT

Ethnocentrism that still marks the studies of Indigenous Law in Brazil is not appropriate to the paradigm of democratic rule of law. Thus, in analyzing the judgment of the Supreme Court in ACO n. 312/BA, related to invalidity of property titles, seeks to rescue the foundational assumptions of constitutionalism. This is understood as the normative guard a plural society that engage rules for cohabitation. The cultural dimension of the Environmental Law guides to reflect inclusive, although late, the indigenato for the XXI century can not occur under the hermeneutical bases of previous paradigms, but rising to the maximum degree the procedure of equal respect and consideration to the universe each member of that political community.

Keywords: Cultural environment; Indigenous; ACO n. 312/BA; Property law.

INTRODUÇÃO

Como integrante do conceito de Direito Ambiental, a dimensão cultural é por demais ampla e diversificada, assumindo formas múltiplas e dinâmicas de expressões e manifestações que representam a própria evolução da humanidade. Nesse sentido, o meio ambiente cultural abrange, essencialmente, a história de cada povo ou comunidade integrante de uma nação, vivida, preservada e transmitida de geração à geração.

68

Assim, integram o meio ambiente cultural os bens móveis e imóveis, materiais e imateriais esculpidos pela própria natureza ou pela ação humana ao longo do tempo. A Constituição Federal de 1988 inclui no conceito de meio ambiente cultural¹ as referências à identidade dos grupos formadores da sociedade brasileira como expressões, criações artísticas, científicas, modo de vida, obras, documentos, sítios arqueológicos e paisagísticos, dentre outros.

Para uma melhor compreensão do assunto em análise, é importante observar que a história da colonização brasileira está repleta de genocídios e de outras atrocidades cometidas contra os povos indígenas.

A partir do ano de 1500, com a chegada das naus portuguesas na costa brasileira, especificamente no extremo Sul do Estado da Bahia, iniciou-se uma caçada sem tréguas contra aqueles que, indubitavelmente, eram os legítimos donos das extensas terras de infinitas águas descritas por Pero Vaz de Caminha, em carta endereçada ao Rei Dom Manuel. A perseguição contra os povos indígenas não se limitou ao suprimento da mão-de-obra escrava, tampouco aos saques de suas riquezas. O extermínio² de muitos povos foi considerado justo e

¹ Art. 216 da Constituição Federal de 1988.

² Centro de Documentação Eloy Ferreira da Silva – CEDEFES. *A luta dos índios pela terra*. Contagem: Cooperativa Editora e de Cultura Médica Ltda., 1987. p. 20.

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

necessário, sob a ótica do conquistador europeu (Etnocentrismo), até porque, inicialmente, o indígena foi considerado um simples objeto de conquista integrante da propriedade do Rei de Portugal.

De acordo com o entendimento, esses indivíduos que viviam nus e despojados de bens, sequer poderiam ter alma. A partir do momento em que a Igreja Católica admitiu que eles possuíam alma e poderiam ser convertidos ao catolicismo, passaram a ser tratados como seres humanos, porém, inferiores, escravos da Coroa Portuguesa. Os que resistiram à escravidão³ continuaram a ser perseguidos e exterminados durante os séculos seguintes, pois representavam um empecilho ao desenvolvimento do Brasil.

Hodiernamente, parte da sociedade rural brasileira, como legítima sucessora dos donatários e sesmeiros do período colonial, ainda enxerga o índio como uma espécie de objeto, um verdadeiro estorvo ao desenvolvimento econômico do País. Na verdade, um empecilho ao aumento dos latifúndios e das atividades agropecuárias. Frequentemente muitos interesses regionais, políticos e econômicos, procuram legitimar ações de grilagens de terras indígenas em praticamente todos os entes federativos. Essa prática genocida e discriminatória liderada por madeireiros, mineradores e agropecuaristas não se limita apenas a apropriação de bens materiais, mas atenta brutalmente contra a dignidade e a vida de pessoas integrantes das diversas etnias socialmente minoritárias.

Por determinação constitucional contida nos arts. 231 e 232 impõe-se o devido respeito a todos os bens indígenas, materiais e imateriais. Destacam-se a sua organização social, usos, costumes, línguas, crenças, tradições e o direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Esse novo marco jurídico legal fixa os elementos constitutivos do princípio constitucional de respeito à diversidade étnica. Daí decorre o instituto da autonomia como meio regulador das relações dos povos indígenas com o Estado e com os demais grupos sociais multiculturais integrantes da grande nação brasileira.

Sob esse aspecto, o presente trabalho busca refletir sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar a Ação Cível Originária n. 312/BA, tomando por referência o regime jurídico estabelecido pela Corte no caso “Raposa Serra do Sol” (Ação Popular, Petição n. 3.388/RO), determinou a nulidade de todos os títulos de propriedade incidentes sobre a área indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu. Consequentemente, destaca-se a importância dos reflexos dessa decisão na preservação do patrimônio cultural, que pode abarcar desde as paisagens e sítios arqueológicos que integram o território reconhecido judicialmente, até os seus usos, costumes e tradições transmitidos de pai para filho no decorrer dos séculos.

³ Idem, p. 26.

Luiz Antonio Chaves

Para o desenvolvimento da pesquisa, adota-se como marco teórico o consenso por sobreposição de John Rawls. Por sua vez, a metodologia de abordagem será a compreensiva (Max Weber), reposicionando assim os pressupostos hermenêuticos de superação do etnocentrismo no indigenato brasileiro.

A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA N. 312/BA E AS CONDICIONANTES DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL

Uma vez que o índio é a fonte primária da nacionalidade e razão fundamental do Estado (critério jurídico) brasileiro (STEFANINI, 2012), os demais se integraram complementarmente a eles na formação da nação (critério sociológico) brasileira. Fixada tal premissa, necessário diferenciar o silvícola⁴ do índio⁵, conforme preceitua a Convenção n. 169/OIT.

A área indígena em debate no julgado mede aproximadamente 54.000 (cinquenta e quatro mil)⁶ hectares e foi demarcada administrativamente em 1938, porém, até então, o ato demarcatório não havia sido homologado pela Presidência da República. O Decreto n. 1.775/1996⁷, determina que em até 30 dias após a publicação do decreto homologatório, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro da terra indígena em cartório imobiliário. Portanto, a homologação é requisito essencial para que a área seja registrada em nome da União.

Desde então, tendo em vista a ausência dos procedimentos necessários à garantia do ato de demarcação, o Governo do Estado da Bahia, motivado pela baixa densidade populacional⁸ indígena, dividiu a referida área em diversas fazendas e, em seguida, titulou-as a particulares. Com isso, os indígenas passaram a ser ainda mais perseguidos dentro do próprio território. A ação governamental resultou no confinamento do grupo em uma pequena gleba de terras localizada dentro do mesmo perímetro demarcado. Desse modo, o acórdão do julgado foi assim ementado:

EMENTA:

1) Ação Cível Originária. Ação de nulidade de títulos de propriedade sobre imóveis rurais situados no Sul da Bahia em reserva indígena.

⁴ Indivíduo não integrado à cultura nacional que, superando o etnocentrismo, deve ser buscado e reconhecido como brasileiro titular da soberania, sem relegá-lo à característica preconceituosa de atraso de seu estado evolutivo.

⁵ Indivíduo integrado à cultura nacional que guarda traços da cultura de seus antepassados pré-colombianos (art. 3º, Lei n. 6.001/73), desde que assuma a autoidentidade, por meio da declaração consciente da continuidade histórica de sua identidade.

⁶ Ação Cível Originária n. 312/BA.

⁷ Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas.

⁸ Ação Cível Originária n. 312/BA.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 67-84, jul./dez. 2013

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

- 2) Conflito grave envolvendo comunidades situadas na reserva indígena denominada Caramuru-Catarina-Paraguaçu. Ação judicial distribuída em 1982 impondo a observância do regime jurídico constitucional da carta de 1967 para disciplinar a relação material *sub judice*.
- 3) Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido em razão da inexistência de individualização da propriedade reivindicada. Preliminar rejeitada à luz do pedido de reconhecimento da nulidade de títulos de propriedade em área indígena mercê da existência de farta documentação fornecida pela Funai que viabilizou a realização dos trabalhos periciais.
- 4) Demarcação da área *sub judice* ocorrida em 1938 desacompanhada de homologação. Incerteza oriunda da ausência de homologação da demarcação de terras indígenas relegando a comunidade a uma situação frágil e a um ambiente de violência e medo na região.
- 5) A homologação ausente, da demarcação administrativa realizada em 1938, não inibe o reconhecimento da existência de reserva indígena no local, originando a impossibilidade de se ter por válidos atos jurídicos formados por particulares com o Estado da Bahia.
- 6) Ausência de dúvidas quanto à presença de índios na área em litígio desde o período anterior ao advento da carta de 1967 em face dos registros históricos que remontam a meados do século XVII.
- 7) O reconhecimento do direito à posse permanente dos silvícolas independe da conclusão do procedimento administrativo de demarcação na medida em que a tutela dos índios decorre, desde sempre, diretamente do texto constitucional.
- 8) A baixa demografia indígena na região em conflito em determinados momentos históricos, principalmente quando decorrente de esbulhos perpetrados por forasteiros, não consubstancia óbice ao reconhecimento do caráter permanente da posse dos silvícolas. A remoção dos índios de suas terras por atos de violência não tem o condão de afastar-lhes o reconhecimento da tradicionalidade de sua posse, *in casu*, vislumbra-se a persistência necessária da comunidade indígena para configurar a continuidade suficiente da posse tida por esbulhada. A posse obtida por meio violento ou clandestino não pode opor-se à posse justa e constitucionalmente consagrada.
- 9) Nulidade de todos os títulos de propriedade cujas respectivas glebas estejam localizadas dentro da área de reserva indígena denominada Caramuru-Catarina-Paraguaçu, conforme demarcação de 1938. Aquisição a *non domino* que acarreta a nulidade dos títulos de propriedade na referida área indígena, porquanto os bens transferidos são de propriedade da União (Súmula 480 do STF: Pertencem ao domínio da administração da União, nos termos dos artigos 4, IV e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas).
- 10) A impossibilidade jurídica do pedido erigida pela Constituição Federal impõe que as Ações Judiciais pendentes em que se discute o

domínio e/ou a posse de imóveis situados na área reconhecida neste processo como reserva indígena sejam extintas sem resolução do mérito nos termos do art. 267, inciso V do Código de Processo Civil.

11) O respeito às comunidades indígenas e à sua cultura implica reste preservada a possibilidade de superveniente inclusão, pela União, através de demarcação administrativa ou mesmo judicial, de novas áreas na reserva indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu, além da já reconhecida nestes autos.

12) Deveras, eventual ampliação da área analisada nestes autos em razão de demarcação superveniente a este julgamento demandará comprovação de que o espaço geográfico objeto de eventual ampliação constituía terra tradicionalmente ocupada pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988.

13) Ação julgada parcialmente procedente apenas quanto aos títulos de propriedade e registros imobiliários referentes aos imóveis abrangidos pelo espaço geográfico demarcado em 1938 e comprovado nestes autos, totalizando aproximadamente 54 mil hectares. Sob este ângulo, a ação foi julgada procedente para reconhecer a condição jurídico-constitucional de terra indígena sobre a totalidade da área demarcada em 1938 e totalizando cerca de 54 mil hectares correspondentes à reserva Caramuru-Catarina-Paraguaçu, e declarar a nulidade de todos os títulos de propriedade cujas respectivas glebas estejam localizadas na área da reserva.

14) As reconvenções relativas às terras situadas no interior da área demarcada em 1938 improcedem. Condenação desses réus reconvincentes, cujos títulos foram anulados, a pagarem 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa e compensados os honorários dos outros reconvincentes que decaíram da reconvenção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, preliminarmente, em acolher a questão de ordem suscitada pela Senhora Ministra Cármen Lúcia no sentido de dar continuidade ao julgamento da ACO n. 312, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Por unanimidade, o Tribunal rejeitou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Em seguida, o Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação para declarar a nulidade de todos os títulos de propriedade cujas respectivas glebas estejam localizadas dentro da área da reserva Indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu, de todos eles, e, em consequência, julgadas improcedentes as reconvenções dos titulares desses títulos anulados, carecedores de ação os demais reconvincentes, condenando os réus cujos títulos foram anulados a pagarem honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa e compensando os honorários dos outros reconvincentes que decaíram da reconvenção, vencido o Senhor

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente a ação e prejudicados os pedidos de reconvenção. Brasília, 02 de maio de 2012. Ministro LUIZ FUX relator para o acórdão.

Inicialmente cabe ressaltar que, sob o aspecto formal, trata-se de procedimento inserido no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Assim, segundo a doutrina de Gracco & Gomes (2008:56), nem sempre o parâmetro de controle de constitucionalidade *incidenter tantum* será a Constituição da República de 1988, mas a Constituição vigente à época da propositura da ação. Por isso, tendo sido distribuída em 1982 sob a égide da Constituição de 1967, esta será o parâmetro de controle.

Outrossim, o julgado tem como orientação as 19 condicionantes reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal (PET n. 3.388/RO) como o regime jurídico do indigenato.⁹ Não obstante os diversos questionamentos jurídicos a respeito das restrições estabelecidas pelas condicionantes envolvendo a terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, fica patente a efetivação do disposto no art. 231 da Constituição Federal contemporânea. É importante destacar a afirmação de que os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis¹⁰, petrificando o entendimento do Poder Constituinte.

A elucidação do conteúdo material da decisão por meio da metodologia compreensiva¹¹ será efetivada sob o pano de fundo da posse imemorial dos índios, bem como, o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal do indigenato como o direito indígena originário em sentido amplo.

73

A POSSE IMEMORIAL DOS ÍNDIOS PATAXÓS NO EXTREMO SUL DO ESTADO DA BAHIA

Inicialmente, deve-se estabelecer que no Estado Democrático de Direito, cuja fragmentariedade das relações sociais é elevada a seu grau máximo sem

⁹ Para Stefanini (2012), o conceito de indigenato *lato sensu* refere-se a normas jurídicas sobre direito indígena ou direito congênito. Já o conceito de indigenato *stricto sensu* significa também o vínculo de posse do índio com a terra, constituindo seu fundamento jurídico. Ou seja, ao mesmo tempo posse (*jus possessionis*) e propriedade (*jus possidendi*).

¹⁰ Condicionante n. 18 da Ação Popular – PET n. 3.388/RO.

¹¹ “Para Max Weber, a Sociologia é uma ciência que procura compreender a ação social, considerando o indivíduo e suas ações como ponto – chave da investigação. Evidencia que a compreensão dá-se a partir do sentido que o indivíduo atribui a determinada conduta. Seu objetivo é captar o sentido de uma atividade ou de uma relação do indivíduo, baseado na construção de significados, na motivação das ações sociais, bem como analisar os fatores influenciadores das condutas humanas. Fatores estes singulares, que demonstram oposição à explicação causal dos fatos sociais, explorados por Durkheim, outro Clássico das Ciências Sociais.” (DA RUI, 2011).

Luiz Antonio Chaves

precedentes, que raça é uma só: a raça humana, diferenciada por etnias¹². Desse modo, a sociedade multiétnica e multicultural abraçada pela Constituição de 1988, não se refere apenas aos indígenas, negros e imigrantes, mas, aos diversos grupos culturalmente diferenciados, com formas próprias de organização social como os quilombolas, seringueiros, vazanteiros, veredeiros, pescadores, geraizeiros, caatingueiros, dentre outros.

A existência de índios Pataxós no Extremo Sul do Estado da Bahia remonta há séculos. Todos os registros informam a ocorrência desses povos no espaço geográfico compreendido entre os Estados da Bahia, Espírito Santo e Minas Gerais. As primeiras anotações sobre a localização e os costumes desse povo foram registradas no diário do príncipe alemão, Maximiliano Wied de Neuwied, em viagem pelos Estados do Espírito Santo, Minas Gerais e Bahia, em 1817. O jurista Fernando da Costa Tourinho, ao defender a presença histórica dos índios Pataxós na região Sul da Bahia, cita o relatório do ilustre historiador:

Por trás de Trancoso, as florestas mais distantes são habitadas pelos *Pataxós* O Senhor Padre Inácio, o velho e digno sacerdote local, disse-me que esses aborígenes aparecem muitas vezes na vila; vêm sempre completamente nus, e, se ele manda amarrar um lenço em torno da cintura das mulheres, nunca deixam de arrancá-lo imediatamente (1993, p. 30).

74

Com efeito, Tourinho Neto cita, também, estudos de Darcy Ribeiro sociólogo e etnólogo mineiro, referente aos povos indígenas da região leste, especialmente os localizados no Extremo Sul do Estado da Bahia:

Uma dessas faixas de mata indevassada estendia-se do sul da Bahia até o Vale do Rio Doce, ao longo da vertente original da Serra do Mar. Mata alta e espessa, enleada por parasitas e lianas, oferecia grande variedade de contrastes em suas grimpadas pela morraria e descambamentos sobre os vales profundos. Era o último refúgio de várias tribos e, até então, seu reduto inexpugnável, uma vez alcançado depois das refregas contra civilizados. A oeste, a mata se prolonga em galerias, acompanhando o curso dos rios, e se torna mais rala até confundir com os cerrados do vale do São Francisco, ocupados por mineradoras e criadores de gado. A leste estende-se o litoral atlântico, de população pouco densa, nucleada principalmente na foz dos rios que descem da mata para o Pardo, o rios das Contas, o Jequitinhonha, o Mucuri, o São Mateus e o Rio Doce. Nos Altos cursos destes rios, protegidos pela floresta espessa, viviam os

¹² “O estudo etnográfico no Brasil andou sempre ligado ao indígena [...]. Com o desenvolvimento da sociologia, da antropologia, da etnologia, da psicologia, mesmo da economia, entre nós, os estudos etnográficos se vão aperfeiçoando, abrindo novas perspectivas, seja em relação a problemas de grupos indígenas ou negros, seja em relação a problemas dos grupos imigrados [...]” (DIÉGUES JÚNIOR, 1980, p. 15 e 24).

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

Kamakan, Pataxós, os Maxakali, os Botocudos, os Puri-Coroados, que falavam línguas diferentes umas das outras e também diversas dos outros idiomas indígenas do Brasil (1993, p. 23).

Em decisão colegiada do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, publicada no Diário do Judiciário do dia 06 de maio de 1991, envolvendo conflito agrário nesta mesma área indígena, Tourinho Neto, relator do processo, reconheceu as terras como sendo de posse permanente dos índios Pataxós:

EMENTA: CIVIL. AGRÁRIO. POSSE, TERRAS INDÍGENAS. ÍNDIOS PATAXÓS. INDENIZAÇÃO DOS BENS DESTRUÍDOS PELOS ÍNDIOS.

1 – Os índios Pataxós vagueavam pelo sul da Bahia, onde tinham seu *habitat*, e se fixaram, posteriormente, em área do atual Município de Pau – Brasil, que lhe veio ser reservada em 1926, pelo Governo daquele Estado – Membro.

2 – Os Pataxós não abandonaram suas terras. Foram, sim, sendo expulsos por fazendeiros, que delas se apossaram, utilizando-se de vários meios, inclusive a violência. A posse dos índios era permanente. A do réu precária, contestada.

3 – Indenização concedida, observando-se, no entanto, o § 2º do art. 198 da CF/69.

4 – Apelação denegada (Apelação Cível n. 89.01.01353-3 – BAHIA).

É de asseverar que, apesar das brutais expulsões de suas aldeias, muitas vezes levando ao extermínio de populações inteiras, tão logo foram considerados humanos, portanto, semelhantes aos brancos perante Deus, seus direitos à posse de terras foram assegurados por meio de Cartas Régias e Alvarás Régios lavrados pela coroa portuguesa.

Por força da Carta Régia datada de 10 de setembro de 1611, os índios foram reconhecidos como legítimos possuidores das terras que ocupavam:

[...] os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitâneas e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer (TOURINHO NETO, 1993, p. 10).

Por sua vez, o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, referindo-se aos gentios do Grão-Pará e do Maranhão, determinava aos governantes a separação de terras para os índios que descessem do sertão:

[...] lugares convenientes para neles lavrarem e cultivarem, sem poderem ser mudados desses lugares contra sua vontade, nem obrigados a pagar fôro ou tributo algum dessas terras, ainda que estivessem em sesmarias a pessoas particulares, porque nas concessões dessas sesmarias se reserva

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 67-84, jul./dez. 2013

Luiz Antonio Chaves

sempre o prejuízo de terceiros e muito mais se entende e quero que se entenda ser reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas (TOURINHO NETO, 1993, p. 9).

Posteriormente, por meio da Lei Imperial de 6 de junho de 1755, essa determinação foi estendida a todos os indígenas do Brasil, renunciando, dessa forma, o conceito do que seja o direito originário sobre as terras que ocupam.

As recomendações contidas inicialmente nas Cartas Régias e nos Alvarás Régios foram absorvidas pela a Lei Imperial n. 601, de 18 de setembro de 1850, chamada de Lei de Terras, dando início à formação do direito agrário brasileiro. A referida lei assegura aos indígenas ou gentios quantias de terras devolutas suficientes para a colonização e aldeamento¹³, nos moldes da colonização europeia.

Do mesmo modo, o Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que regulamentou a Lei de Terras, determinou a legitimação das terras ocupadas por indígenas, sendo estes os primeiros ocupantes das terras açambarcadas pelos portugueses. Determinou, ainda, a reserva e separação de terras devolutas para a colonização¹⁴ daqueles que se convencionou chamar de hordas selvagens que atentavam contra as propriedades particulares.

Com efeito, José Afonso da Silva, ao comentar a proteção constitucional das terras indígenas no Brasil, afirma que a garantia da terra é uma questão central, pois ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Como fonte primária do direito, evoca o Alvará Régio de 1680 como sendo o marco referencial do indigenato. Ao referenciar este instituto, primeiramente abordado nos ensinamentos doutrinários do jurista João Mendes Junior, dessa forma o fez:

Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fazem do que consagrar e consolidar o *indigenato*, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria *sempre* reservado o *direito dos índios, primários e naturais senhores delas* (1993, p. 48).

Prosseguindo, refere-se, ainda, aos ensinamentos do jurista João Mendes Júnior:

O *indigenato* não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a *ocupação* é um título *adquirido*. O *indigenato* é legítimo por si, não é um fato dependente de legitimação, ao

¹³ Arts. 12 e 72 da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850.

¹⁴ Art. 72 e §§ do Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854.

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

passo que a *ocupação*, como fato posterior, dependem de requisitos que a legitimem (1993, p. 48).

Cumpra observar, enfim, que a natureza jurídica da posse tradicional indígena definida pela Constituição de 1988, com fundamentos no direito originário, representa um resgate histórico e sem precedentes no ordenamento jurídico nacional. Esta definição resulta da compreensão da natureza congênita da ocupação das terras pelos indígenas, que, pelo que está posto doutrinariamente e legalmente, independe de legitimação ou qualquer outro ato que venha a conferir-lhe uma validade.

O DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A NULIDADE DOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE EM CONSONÂNCIA COM O CONSENSO POR SOBREPOSIÇÃO

A proteção sobre as terras indígenas somente veio à baila no ordenamento constitucional brasileiro a partir da Constituição de 1934, visto que tanto a Constituição Imperial de 1824 como a Constituição Republicana de 1891 silenciaram sobre o assunto. A Constituição Federal de 1934 tratou da questão de maneira muito superficial e simplória, garantindo aos silvícolas tão somente a posse das terras ocupadas¹⁵ em caráter permanente, com a proibição de alienação delas. Esse mesmo entendimento foi mantido pela Constituição Federal de 1937, conhecida como Constituição do Estado¹⁶. Da mesma forma, a Constituição Federal de 1946¹⁷ reproduziu o entendimento já consagrado nas constituições anteriores.

Verifica-se que esses dispositivos legais constitucionais, inéditos e importantes para a construção de uma legislação específica, não consideraram os aspectos culturais e até mesmo de subsistência dos grupos tribais. É cediço que o conceito civilista de posse agrária restringe-se à área efetivamente dominada ou ocupada por atividades agrícolas ou pastoris. Tais disposições reduziram consideravelmente a posse territorial dos grupos nômades, como os coletores e caçadores que formavam a grande maioria. Por sua natureza, a permanência em determinados locais se dava de acordo com a possibilidade da ocorrência da caça, da pesca ou da coleta de frutos e sementes.

Não obstante a reduzida abrangência da proteção possessória, limitando-se tão somente às terras efetivamente ocupadas, há que se destacar a importância da questão ser tratada sob a égide do direito constitucional. A partir daí consolidou-se um novo conceito de posse tradicional amparado na natureza jurídica constitucional da posse indígena.

¹⁵ Art. 129 da Constituição Federal de 1934.

¹⁶ Art. 154 da Constituição Federal de 1937.

¹⁷ Art. 216 da Constituição Federal de 1946.

Luiz Antonio Chaves

A Constituição Federal de 1967 trouxe inovações importantes para consolidar e ampliar a compreensão do direito indígena relacionado às terras tradicionais. Além de incluir as terras objeto de posse dos silvícolas como bens da União¹⁸, a Magna Carta garantiu-lhes o usufruto exclusivo dos recursos naturais e demais utilidades do espaço físico, portanto, o usufruto das riquezas do solo, rios e lagos¹⁹ como integrantes da posse territorial.

Tal entendimento foi mantido na Emenda Constitucional de 1969, com o acréscimo da cláusula de inalienabilidade, garantindo, assim, direito de posse *ad eternum* sobre o território tradicional, passando de pai para filho e de geração para geração.

Ainda sob o manto da Constituição Federal de 1969, foi promulgada a Lei Federal n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), que, pela primeira vez, introduziu um conceito legal mais abrangente de posse indígena:

Art. 23. 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 indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

78

Por último, a Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, trouxe avanços relacionados aos direitos indígenas jamais vistos na ordem constitucional brasileira. Há que se destacar que foi dedicado um capítulo exclusivo²⁰ para tratar da questão. A partir da definição e reconhecimento da tradicionalidade territorial, criou-se um novo conceito de terra indígena, desconstruindo a compreensão civilista até então predominante no meio jurídico brasileiro. Ao admitir a existência de um direito originário e congênito, ancorado nos usos, costumes e tradições, remete para a coletividade a perspectiva de construção do próprio futuro. Isso significa uma aceitação da existência de relação de titularidade jurídica entre o índio e o espaço físico sobre o qual os diversos povos habitam e desenvolvem suas atividades culturais. Bem assim, o reconhecimento de que o espaço ocupado é anterior à formação do próprio Estado brasileiro, fica reforçado no item 7 da ACO n. 312/BA e na Condicionante 18 da Petição n. 3.388/RO. Ao reconhecer os direitos tradicionais sobre as terras ocupadas, perfilhou, também, suas diferenças culturais perante os demais membros da sociedade brasileira, afastando, definitivamente, as políticas assimilacionistas e integralistas a que estavam submetidos os índios desde o período colonial. Portanto, os usos, costumes e tradições reconhecidos pela Carta Magna são elementos essenciais para a conceituação e definição de suas terras tradicionais, de conformidade com o disposto no *caput* do art. 231:

¹⁸ Art. 4º da Constituição Federal de 1967.

¹⁹ Art. 186 da Constituição Federal de 1967.

²⁰ CAPÍTULO VIII da CF – Dos Índios.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 67-84, jul./dez. 2013

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

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.

Se a Constituição de 1967 já havia incorporado as áreas indígenas aos bens da União, a Constituição de 1988 incumbiu-lhe a tarefa de demarcação, proteção e demais atos necessários para preservá-las. Além disso, definiu que compete ao Governo Federal zelar e fazer respeitar todos os demais bens indígenas, materiais e imateriais. A respeito do assunto, o constitucionalista José Afonso da Silva observa:

A outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa precisamente preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma, quando fala que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma *propriedade vinculada* ou *propriedade reservada* com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela. Por isso, são terras *inalienáveis* e *indisponíveis*, e os direitos sobre elas, *imprescritíveis* (2010, p. 856).

Essa garantia constitucional não se limita apenas a um determinado espaço geográfico territorial, mas amplia a concepção de direito sobre esse espaço físico. Para tanto, ao definir a territorialidade indígena, o constituinte estabeleceu ao menos quatro critérios interligados e imprescindíveis para a concretização do chamado direito originário. Desse modo, terras tradicionais são as habitadas em caráter permanente; as utilizadas para as suas atividades produtivas; as imprescindíveis para a preservação do meio ambiente e as necessárias para a sua reprodução física e cultural de acordo com os seus costumes. Como se vê, ao considerarem os aspectos culturais, os limites territoriais poderão ir muito além daqueles estabelecidos pela posse civil, ou seja, o da efetiva ocupação da terra.

O professor Edson Dumas da Silveira, ao comentar os avanços dos direitos indígenas na Constituição, observa a existência de um direito coletivo vinculado ao direito originário sobre as terras:

Pela primeira vez em nível constitucional, admite-se no Brasil que existem direitos indígenas coletivos, seja reconhecendo a organização social indígena, seja reconhecendo à comunidade o direito de opinar sobre o aproveitamento dos recursos naturais [...] (2010, p. 58).

Neste sentido, a orientação constitucional remete ao entendimento de que os elementos constitutivos de uma terra tradicional ocupada pelos indígenas não se limitam apenas aos aspectos da ocupação temporal. O fator tradicional deve ser compreendido a partir dos valores coletivos e culturais, dos costumes e das tradições. Daí resulta um novo relacionamento fundamentado no princípio da diversidade étnica e cultural; na autonomia e, principalmente, no respeito aos bens materiais e imateriais.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 67-84, jul./dez. 2013

Luiz Antonio Chaves

A decisão pela nulidade dos títulos de propriedade incidentes sobre a área indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu, da etnia Pataxó Hã Hãe, deu fim a uma demanda judicial iniciada há mais de 30 anos. Trata-se da Ação Civil Originária proposta pela Fundação Nacional do Índio – Funai – contra o Estado da Bahia e dezenas de fazendeiros assentados e titulados pelo governo estadual. A ação foi distribuída em janeiro de 1982, sendo que o desfecho somente ocorreu em maio de 2012.

Depois de 30 anos de intermináveis embates jurídicos que proporcionaram sofrimento e angústia ao povo Pataxó, há que se questionar se de fato houve justiça. Há quem diga que a justiça tardia, efetivamente, não é justiça. Nota-se que a histórica decisão judicial prolatada pelo Plenário do STF, no dia 2 de maio de 2012, não evitou inúmeros e violentos conflitos ocorridos nesse longo período de espera. No decorrer desse processo, ante o reflexo da morosidade judicial, dezenas de outros conflitos eclodiram em outros municípios da região Sul da Bahia²¹, todos igualmente com disputas pela posse de terras indígenas tradicionais. As invasões resultaram na morte de várias pessoas, sobretudo indígenas. Vale lembrar a morte do líder Pataxó Hã Hãe, Galdino de Jesus, barbaramente assassinado por jovens da classe média do Distrito Federal. Galdino de Jesus estava em Brasília justamente para pedir apoio das autoridades no sentido de agilizar o julgamento da Ação Cível Originária n. 312/BA. Eis que o processo se encontrava há anos nas gavetas da Suprema Corte. No fatídico dia 19 de abril de 1997, dia do índio, depois de retornar de sua peregrinação pelos órgãos públicos, não conseguiu entrar na Pensão para dormir. Sem alternativa adormeceu no banco da praça, onde foi queimado vivo pelos jovens que, segundo o que ficou apurado, apenas queriam se divertir.

80

Ultrapassadas essas observações iniciais, conclui-se que a nulidade dos títulos de propriedade incidentes dentro dos limites da terra indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu, limites estes estabelecidos ainda no ano de 1938,²² deu-se em decorrência do reconhecimento da posse imemorial e originária. Vê-se que a decisão foi coerente com os últimos julgados da mais alta Corte de Justiça, pois em outras disputas agrárias semelhantes a decisão também se deu em favor dos indígenas. Do mesmo modo, nos últimos tempos, este tem sido o pensamento majoritário dos membros dos demais Tribunais Federais dos estados. Com isso, consolida-se no meio jurídico o entendimento de que a posse indígena não se confunde com a posse civil, e muito menos com a propriedade civil.

Por sua condição especial, este tipo de bem está fora do comércio jurídico, seja de direito privado ou de direito público. As cláusulas de inalienabilidade e indisponibilidade previstas no § 4º do art. 231 da Constituição impõem uma

²¹ Conselho Indigenista Missionário/CNBB. *Relatório anual de violência contra os povos indígenas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/CNBB/Relat.pdf>>.

²² Ação Cível Originária n. 312/BA.

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

condição de que nem mesmo a União ou os próprios indígenas podem colocar estes bens em órbita do comércio jurídico.

Eis que as terras indígenas passaram a integrar os bens da União a partir da Constituição de 1967, por meio do inciso 4º do art.4, hoje recepcionado pelo inciso 11º do art. 20 da Constituição Federal. Nesse sentido, leciona o eminente jurista Fernando da Costa Tourinho Neto:

Se aos índios é assegurada a posse permanente, sem limite temporal, das terras que ocupam – posse no sentido não civilista, terras essas da União, não há como perdê-la para terceiros, ainda que estejam estes de boa – fé. O § 6º do art. 231 da Constituição estatui: *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 (...)*. A transcrição no registro de imóveis não expunge os vícios. Não dá validade ao ato. Vale a pena chamar a atenção para o fato de que a demarcação não dá nem tira direito, apenas torna evidente quais os limites das terras indígenas (1993, p. 38).

No mesmo caminho decidiu a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em processo relatado pela então Desembargadora Federal, Eliana Calmon:

Constitucional – Área Indígena – Título de Domínio – Indenização.
Comprovada ser a área de posse imemorial dos índios torna-se de pleno direito nulo o título dominial, sem necessidade de declaração judicial (art. 231, § 6º da CF/88).
Não tem direito à indenização por benfeitorias o possuidor de má-fé.
Apelo improvido.

81

Nota-se nos arestos que o reconhecimento do indigenato *stricto sensu* configura-se pelo caráter declaratório da demarcação e não constitutivo. Outrossim, a terra para o índio não tem relação com a demografia (item 7, da ACO n. 312/BA) ou mesmo com o aspecto econômico (garimpagem e faiscação). Na verdade, a terra tem relação direta com o desdobramento de sua identidade (item 11, da ACO n. 312/BA) e, portanto, deve ser respeitada por todos os demais membros da comunidade política.

Nesse sentido, supera-se o paradigma do desenvolvimento antropocêntrico radical para enfrentar os limites do planeta por meio do biocentrismo, em especial o indigenato *lato sensu*. Além de visão de mundo, no século XXI passa a ser considerada a necessidade de manutenção do pluralismo razoável, conforme explica John Rawls:

O fato do pluralismo razoável implica que não existe doutrina, total ou parcialmente abrangente, com a qual todos os cidadãos concordem ou possam concordar para decidir as questões fundamentais de justiça pública. Pelo contrário, dizemos que, numa sociedade bem ordenada, a

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 67-84, jul./dez. 2013

Luiz Antonio Chaves

concepção política é afirmada por aquilo que denominamos um consenso por sobreposição. Entendemos por isso que a concepção política está alicerçada em doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora opostas, que ganham um corpo significativo de adeptos e perduram ao longo do tempo de uma geração para outra (RAWLS, 2003, p. 45).

Desse modo, no presente século, a necessidade da superação do etnocentrismo fundado num desenvolvimento sem justiça social e sustentabilidade ambiental passa pela efetividade da exigência constitucional de igual consideração e respeito a todas as doutrinas que não buscam hegemonia, como no presente caso julgado pela Suprema Corte Brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

82

Não é fácil reconhecer que todas as terras do Brasil pertenceram, em algum momento, aos indígenas que aqui viviam em 1500. A realidade dos povos que sobreviveram até os nossos dias não é motivo de orgulho para ninguém. Isso impõe uma responsabilidade ainda maior aos governantes e, principalmente, ao Poder Judiciário. Decisões judiciais que implicam na desconstrução de determinados direitos adquiridos não são fáceis de serem tomadas. O que pode não ser justo para uns, pode ser para outros, visto que o próprio conceito de justiça é de difícil definição. A decisão ora apreciada, amparada pela ordem constitucional brasileira, definiu que os títulos de propriedade rural, ainda que adquiridos legalmente, não podem se sobrepor a um direito originário chamado de indigenato.

À luz da Constituição Federal, a sentença foi baseada nos pressupostos da originalidade, tradicionalidade e permanência, requisitos essenciais para o reconhecimento de uma terra tradicional. A originalidade decorre da sua existência desde tempos imemoriais, registrados a partir do ano de 1500 com a chegada dos colonizadores. A tradicionalidade está relacionada com o modo de vida da coletividade; com os costumes, tradições e com o uso desse bem maior chamado por eles de Mãe Terra. A permanência, por sua vez, significa entender que eles jamais abandonaram o território onde estão sepultados os seus ancestrais.

Vale destacar que o Poder Judiciário como responsável pela guarda e aplicação das normas originárias do Poder Constituinte, ao decretar a nulidade dos títulos de propriedade expedidos pelo governo estadual, devolve ao povo Pataxó Hã Hã não somente a terra como herança de seus antepassados, mas a honra da coletividade, a dignidade e o respeito à sua cultura milenar.

Por fim, é importante observar que a relação do índio com a terra é uma relação de troca, e não de submissão. Para eles, a floresta não precisa ser agredida ou destruída para gerar qualidade de vidas e bem estar. A Mãe Terra, fonte suprema de subsistência, fornece tudo sem precisar agredi-la.

Bem assim, a cultura indígena somente é respeitada quando a sua terra é reconhecida, demarcada, registrada e protegida. Essa cultura que muito contribuiu

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 67-84, jul./dez. 2013

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

para a formação da sociedade brasileira ainda tem bastante a contribuir. O mundo moderno e tecnológico clama veementemente por uma convivência mais harmoniosa entre os seres humanos e a natureza; clama, também, pela construção de uma nova ética social e ambiental. Mais que a tecnologia, a sabedoria indígena poderá indicar o caminho para a preservação das águas e das florestas, essenciais para a sadia qualidade de vida prevista no art. 225 da Constituição federal.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Marco Antonio. *Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade, 2001.
- BARBOSA, Marco Antonio. Os povos indígenas e as organizações internacionais: Instituto do Indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas. *Revista Eletrônica História em Reflexão*. Dourados/MS: UFGD, v. 1, n. 2, jul./dez. 2007.
- BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação: direito à diferença*. São Paulo: Plêiade/Fapesp, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DA RUI, Maria Cecília. *A sociologia compreensiva de Weber e a sua relação com o direito*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-sociologia-compreensiva-de-weber-e-a-sua-relacao-com-o-direito/60331/#ixzz2if1PGh24>>. Acesso em: 8 out. 2013.
- SANTOS GRACCO, Abraão Soares Dias; NEPOMUCENO, Gianni Lopes. A formação do indivíduo e o fenômeno da violência diante dos limites do planeta: a alteração das gramáticas de práticas sociais para uma educação socioambiental comprometida com a emancipação em uma sociedade resiliente. In: SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; BIMFELD, Carlos André; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (Coord.) *CONPEDI/UNICURITIBA*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.
- SANTOS GRACCO, Abraão Soares Dias; NEPOMUCENO, Gianni Lopes; GOMES, Fernando Alves. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. t. I.
- SILVA, Afonso José da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVEIRA, Edson Dumas da. *Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2010.
- STEFANINI, Luiz de Lima. *Código indígena no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Juruá: Curitiba, 2012.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

Data de recebimento: 04/12/2013

Data de aprovação: 24/07/2014

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 67-84, jul./dez. 2013

