

ANÁLISE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES POSSESSÓRIAS EM ÁREAS DE OCUPAÇÃO DOS POVOS ORIGINÁRIOS BRASILEIROS À LUZ DA CARTA MAGNA

LEGAL AND CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF POSSESSORY RELATIONS
IN OCCUPIED AREAS BY INDIGENOUS PEOPLES IN BRAZIL IN LIGHT OF
THE CONSTITUTION

Ana Beatriz Fruet¹
Márcio Ricardo Staffen²

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a evolução do entendimento jurídico-constitucional sobre a posse de terras indígenas no Brasil, desde a chegada dos europeus até a recente decisão do STF que rejeitou o marco temporal. Através de uma abordagem histórico-jurídica, o texto explora a legislação desde o Alvará Régio de 1680 até a Constituição Federal de 1988, demonstrando como a proteção dos direitos indígenas tem sido uma luta constante. O objetivo é demonstrar que o paradigma normativo brasileiro está em consonância com os princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a valorização da diversidade cultural, assegurando que as terras indígenas não se limitam à questão da posse material. A metodologia utilizada envolve a análise de documentos históricos, legislação e jurisprudência, destacando a importância da decisão do STF em reconhecer a posse indígena como um direito originário e ancestral, distinto dos conceitos civilistas de posse. Os principais resultados mostram que a proteção dos territórios indígenas é essencial para a manutenção do equilíbrio ecológico e para a valorização dos conhecimentos ancestrais, contribuindo para o desenvolvimento sustentável do país.

Palavras-chave: indígenas; posse; Constituição.

ABSTRACT

This article intend to analyze the evolution of the constitutional-legal analysis of indigenous land possession in Brazil, from the arrival of Europeans to the recent decision by the Federal Supreme Court (STF) that rejected "The Time Limit Trick". Through a historical-legal approach, the text explores legislation from the Royal Charter of 1680 to the Federal Constitution of 1988, demonstrating how the protection of indigenous rights has been a constant struggle. The objective is to demonstrate that the Brazilian normative paradigm is consistent with constitutional principles, such as human dignity and the appreciation of cultural diversity, ensuring that indigenous lands are not limited to the issue of material possession. The methodology used involves the analysis of historical documents, legislation, and jurisprudence, highlighting the importance of the Brazil's Federal Supreme Court (STF)'s decision in recognizing indigenous possession as an original and ancestral right, distinct from civil concepts of possession. The main results show that the protection of indigenous territories is essential for maintaining ecological balance and valuing ancestral knowledge, contributing to the country's sustainable development.

1 Acadêmica do 7º período do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí, Campus Itajaí/SC, Brasil. Membro do Grupo de Pesquisa e Extensão Paideia. <https://lattes.cnpq.br/0226454306724003>. Email: ana_fruet@edu.univali.br

2 Doutor em Direito Público Comparado pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali. Estágio de Pós-Doutorado em Direito Transnacional – Università degli Studi di Perugia (CAPES/PDE). Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica – Universidade do Vale do Itajaí. Visiting Researcher no Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law (Alemanha). Doutor Honoris Causa pela Universidad Antonio Guillermo Urello (Peru). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). <http://lattes.cnpq.br/1045997125432864>. Email: staffen_sc@univali.br

Keywords: indigenous; possession; Constitution.

INTRODUÇÃO

A chegada dos europeus ao continente americano, em 1492, desencadeou um processo de colonização que impactou profundamente a vida dos povos indígenas. A história – sob uma óptica colonialista – muitas vezes, negligenciou a presença prévia desses povos, detentores de culturas milenares e territórios ancestrais. Este artigo busca resgatar essa história, analisando a evolução do entendimento jurídico-constitucional sobre a posse de terras indígenas no Brasil, desde o período colonial até recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

A questão central que permeia este estudo é: de que forma e qual o fundamento jurídico pelo qual a Constituição Federal de 1988 garante a proteção dos direitos possessórios dos povos originários em áreas tradicionalmente ocupadas? O objetivo é demonstrar que o paradigma normativo brasileiro, embora marcado por contradições e retrocessos, tem evoluído no sentido de reconhecer a posse indígena como um direito originário e ancestral, distinto dos conceitos civilistas de posse.

Para tanto, o artigo adota uma abordagem histórico-jurídica, explorando a legislação desde o Alvará Régio de 1680 até a Constituição Federal de 1988, e analisando a jurisprudência do STF, em especial a decisão no RE 1017365. A pesquisa busca demonstrar que a proteção dos territórios indígenas é essencial para a manutenção do equilíbrio ecológico e para a valorização dos conhecimentos ancestrais, contribuindo para o desenvolvimento sustentável do país.

A estrutura do artigo divide-se em três partes: a primeira aborda o contexto histórico da chegada dos europeus; a segunda analisa o desenvolvimento da legislação brasileira sobre terras indígenas, bem como a evolução do direito dessa espécie de posse no Brasil; e a terceira discute as decisões recentes da Suprema Corte brasileira, a fim de estabelecer o fundamento jurídico de tal posse prevista pela Constituição.

1. CICATRIZES DA FACE E DA TERRA

Quando os europeus pisaram em solo latino-americano, já tinha gente aqui. Cristóvão Colombo, Francisco Pizarro, Hernán Cortez e Pedro Álvares Cabral se depararam com curiosos e temerosos olhares dos povos originários que habitavam os solos americanos e já haviam descoberto a região muito antes de qualquer expedição. Estima-se que povos habitam a região do Brasil há mais de 60 mil anos (Cunha, 1992, p. 42), quando, na Idade do Gelo, o nível dos mares era mais baixo, possibilitando a passagem pelo Estreito de Bering.

Na Europa, sondava-se a descoberta do “Novo Mundo” quando Cristóvão Colombo, em 1492, alcançou o continente americano. Aqueles exploradores já haviam avançado etapas na qual o antropólogo Lewis Henry Morgan teorizou como Evolucionismo Cultural (Morgan, 1881): a Selvageria, a Barbárie e a Civilização; o que justificaria, para a classe exploradora, a domesticação e catequização dos povos originários. Devido a um enorme pluralismo cultural e habitual, havia grupos onde homens andavam nus, outros onde praticavam guerras territoriais, ou, até mesmo a antropofagia (Schwarcz; Starling, 2015, p. 27).

Entre o final do século XV e início do XVI, a costa atlântica brasileira era ocupada por inúmeras tribos que disputavam os melhores nichos ecológicos, a fim de usufruir de todas as matérias naturais que o ambiente fornecia. As tribos de tronco tupi eram as principais a serem encontradas pelos portugueses no litoral brasileiro, somando pouco mais de um milhão que se subdividiam-se em demais grupos tribais. Em comparação, Portugal contava àquela época, com o mesmo quantum populacional (Ribeiro, 1995, p. 29). Já ao longo do território, cerca de 3,5 milhões (IBGE, 2000) de indígenas habitavam o Brasil por volta de 1500.

Não tardou para que os conflitos germinassem entre os dois países da Península Ibérica. Portugal e Espanha iniciaram árduas disputas para conquistar a soberania sobre as novas terras exploradas. O líder supremo da Igreja Católica, Papa Alexandre VI, interveio após dividir o “Novo Mundo”. Em 1493, Alexandre VI assinou a Bula Inter Coetera – do latim, “entre outros” – que dispôs que as terras seriam separadas através de um meridiano a 100 léguas a oeste do Arquipélago do Cabo Verde, na África (Maxwell, 1975, p. 55-56). As terras localizadas a oeste do meridiano seriam espanholas, e as que estivessem a leste pertenciam a Portugal. Entretanto o rei português Dom João II discordou dos limites pré-estabelecidos, sendo acordado, após discussões, que a Coroa portuguesa iria deter “as terras descobertas ou a descobrir” a 370 léguas

de Cabo Verde, e, por sua vez, a Espanha ficaria com as terras além da linha. O acordo entre os dois países ficou conhecido como Tratado de Tordesilhas.

2. SANGUE E TERRA

2.1 Brasil Colônia

No que tange aos direitos imobiliários, a história oficial da propriedade em solo brasileiro tem início na tarde do dia 22 de abril de 1500, quando avistado o cume do Monte Pascal em nome da coroa Portuguesa (Rocha, 2013). A chegada dos portugueses ao Brasil em 1500, foi impulsionada pelo interesse expansionista de Portugal pautado na economia, doutrinação católica e militarização, fortemente financiados pelo nascente capitalismo comercial europeu. As novas rotas em busca de especiarias que, anos antes, em meados do século XIV, tornaram-se moeda de troca, reservas de capitais e divisas do reino extremamente valorizadas, foi o que supostamente fez com que naus portuguesas atrasassem em solos brasileiros. Segundo o historiador Jorge Couto (1997), da Universidade de Lisboa, em Portugal, a tese do acaso não consegue se autossustentar, vez que há suspeitas de que em 1498 – dois anos antes da chegada de Cabral – o navegador português Duarte Pacheco Pereira tenha estado em missão secreta no Maranhão e na foz do Amazonas³.

Em 1502, a Coroa portuguesa concedeu o arrendamento das terras da ilha de São João (atual Fernando de Noronha) ao fidalgo português Fernão de Lloronha, pelo período de dez anos, para a exploração e extração do pau-brasil, desde que pagasse um quinto dos lucros auferidos a Portugal (Vogt, 1967, p. 153).

A partir de 1534, Dom João III repartiu o território em 14 capitanias, 15 lotes, distribuídas a 12 donatários nobres portugueses (Schwarcz; Starling, 2015, p. 40), mediante a outorga de Cartas de Doação: representava valor vitalício e hereditário. O donatário era responsável pela distribuição das porções de terra denominadas “sesmarias”, onde cobrava tributos e repassavam o dízimo de 10% da produção da capitania à Coroa Portuguesa. Ademais, possuíam pleno direito de escravizar e exterminar tribos indígenas que não permanecessem silentes e tornassem-se improdutivas.

A Carta Régia de 1611, assinada por Dom Filipe III, assegurou-lhes o direito às terras tradicionalmente ocupadas, tornando ilícita a retirada forçada das tribos enraizadas (Silva, 2016, p. 4). Idem declarou o direito dos indígenas de ir e vir, excetuando os tomados em guerra justa legalizando uma nova forma de escravidão, uma vez que os conflitos versavam justamente sobre as posses das terras, bem como a submissão:

Os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma, nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer⁴.

Inequivocadamente, Dom Filipe III estabeleceu um marco temporal, por meio de um reconhecimento jurídico, sobre os direitos originários às terras ocupadas.

O Alvará Régio de 1º de abril de 1680 – mais tarde confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755 – firmara a questão dos direitos originários às terras indígenas, dispondo que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos povos originários sendo estes os primeiros ocupantes e donos naturais delas (Silva, 2001, p. 856). O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, João Mendes Júnior, muito pleiteou e amparou o indígena brasileiro, rebateu a pretensão da seguinte forma:

Desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por eles ocupadas, se já não fossem deles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; em qualquer hipótese, suas terras lhes pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1º de abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com urna posse sujeita à legitimação e registro (Mendes Júnior, 1912, p. 57).

Em 1750, foram introduzidas novas mudanças ao território demarcado pelo Tratado de Tordesilhas. O agora Tratado de Madri redefiniu os limites entre as colônias portuguesas e espanholas, incorporando o Uruguai e a região amazônica (Cunha, 1992, p. 394), sob a autuação do marquês de Pombal⁵. O primeiro-ministro promoveu, em 1755, – conforme lei citada em parágrafos anteriores –, o fim da escravidão imposta aos indígenas: “a Coroa pretendia, enfim, numa visão mais ampla, promover a emergência de um povo brasileiro livre, substrato de um Estado consistente: índios e brancos formariam este povo enquanto os negros continuariam escravos” (Cunha, 1992, p. 16).

³ Após a viagem de Colombo, sabia-se de terras que os portugueses imaginavam que estivessem a leste da linha das Tordesilhas. Além disso, antes de Cabral, essas terras já teriam sido visitadas por Duarte Pacheco e Pinzón. Cf. COUTO, Jorge (1997, p. 182).

⁴ Carta Regia de 30 de julho de 1611, promulgada por Felipe III.

⁵ Sebastião José de Carvalho e Melo foi diplomata e primeiro-ministro português, recebeu plenos poderes do monarca Dom José I. Fortemente influenciado pelas ideias iluministas, foi responsável por uma série de medidas que alteraram o regime da colônia portuguesa. Pombal extinguiu as capitanias hereditárias e expulsou os Jesuítas em defesa da laicidade.

Durante o colonialismo, período compreendido entre a chegada dos portugueses, em 1500, até a independência do Brasil, em 1822, foram publicados 1427 documentos oficiais (Schwarcz; Starling, 2015, p. 267), a fim de legislar e fundamentar a tomada das terras dos povos originários brasileiros.

2.2 Primeiro Reinado

Com a Proclamação da Independência, em 7 de setembro de 1822, o Brasil emerge como Estado e Nação, passando a adquirir personalidade jurídica de direito público. O território brasileiro passou, oficialmente, a pertencer como bem da União.

2.3 Segundo Reinado

O Decreto n. 426, de 1845, tinha como objetivo a catequização e civilização dos povos indígenas, conforme seu preâmbulo. Previa, além do mais, o instituto do usufruto – a ser explorado no tópico seguinte –, que seria responsável para atingir a finalidade da lei. Os indígenas só seriam mantidos nas posses de suas terras no caso de apresentarem bom comportamento, e após o período de 12 anos, garantir-se-ia a propriedade.

Art. 1º Haverá em todas as Províncias um Director Geral de Indios, que será de nomeação do Imperador. Compete-lhe: § 3º Precaver que nas remoções não sejam violentados os Indios, que quizerem ficar nas mesmas terras, quando tenham bom comportamento, e apresentem um modo de vida industrial, principalmente de agricultura. Neste ultimo caso, e enquanto bem se comportarem, lhes será mantido (grifo nosso), e ás suas viúvas, o usufructo do terreno, que estejam na posse de cultivar.

[...]

§ 15. Informar ao Governo Imperial ácerca daquelles Indios, que, por seu bom comportamento e desenvolvimento industrial, mereção se lhes concedão terras separadas das da Aldêa para suas grangearias particulares. Estes Indios não adquirem a propriedade dessas terras, senão depois de doze annos (grifo nosso), não interrompidos, de boa cultura, o que se mencionará com especialidade nos relatorios annuaes; e no fim delles poderão obter Carta de Sesmaria. Se por morte do concessionario não se acharem completos os doze annos, sua viúva, e na sua falta seus filhos, poderão alcançar a sesmaria, se, além do bom comportamento, e continuação de boa cultura, aquella preencher o tempo que faltar, e estes a grangearem pelo duplo deste tempo, com tanto que este nem passe de oito annos, e nem seja menos de quinze o das diversas posses.

Em 1850, o imperador Dom Pedro II assinou a Lei n. 601: a Lei de Terras. O Império do Brasil passou a dividir a zona rural em latifúndios e não em pequenas propriedades, a fim de desestimular os pequenos agricultores que dependiam das terras para a subsistência. Emergiu a necessidade de uma regulamentação por parte do Império, já que sem título oficial de propriedade, aqueles que habitavam e exploravam as porções de terra não passavam de posseiros, correndo o risco da perda da posse por indígenas ou imigrantes (Schwarcz; Starling, 2015, p. 411) – o assunto era questão emergencial, pois sondava-se o fim da escravidão. Outrossim, a lei convencionava sobre as terras ocupadas pelos indígenas, não as considerando devolutas, em virtude da garantia do direito originário sobre elas.

Art. 12º, Lei 601/1850: O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessarias: 1º, para a colonisação dos indigenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval.

As terras brasileiras que por séculos foram lar e fonte de subsistência de inúmeros povos originários, agora tratava-se, fomentada pelo regime capitalista, em mercadoria e objeto de negócio.

2.4 Brasil República

Em 1889, nasceu a República do Brasil, após um golpe planejado por Deodoro da Fonseca, entre outros chefes republicanos. No dia 17 de novembro daquele ano, a família real partiu das terras brasileiras, expulsa, em direção a Portugal (Schwarcz; Starling, 2015, p. 477).

A segunda Constituição brasileira foi promulgada em 1891 pelo governo provisório, ratificando a forma de governo republicana. Fortemente influenciada pelo movimento liberal, a Carta Magna assegurou direitos e garantias individuais, das quais a liberdade de expressão, culto, à propriedade particular, idem a garantia do habeas corpus. Instituiu a laicidade do Estado e estabeleceu o princípio dos três poderes, mas se omitiu de positivar os direitos aos povos originários, ignorando a problemática. Ademais, tratou de ratificar o estado de coisas, atribuindo aos estados as terras que eram das províncias. As aldeias em geral jamais foram declaradas devolutas, o Estado preocupou-se em regulamentar as terras das aldeias extintas (Cunha, 1992, p. 274).

Em 1910, no período republicano, o Decreto n. 8.072, assinado pelo presidente Nilo Peçanha, criou o “Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPI)”, que tinha por objetivo a pacificação dos grupos indígenas, bem como o estabelecimento de núcleos de colonização com base na mão de obra – barata – sertaneja e originária. Era fundamental ao Governo Federal a proteção das fronteiras geométricas cartográficas do Brasil, na qual se utilizava o Estado brasileiro como justificativa para a nacionalização dos povos indígenas por meio do órgão. O SPI foi o primeiro instrumento de poder do governo instituído para gerir a relação entre os povos indígenas, distintos grupos sociais e demais aparelhos de poder (Cunha, 1992, p. 155). A direção ficou a cargo de marechal Cândido Mariano da Silva Rondon, militar descendente de europeus miscigenados com indígenas guanás, que mais tarde foi homenageado por representar a defesa dos povos originários, quando do incentivo da criação de uma reserva indígena no Mato Grosso: o Parque Nacional Indígena do Xingu.

A estrutura social e política dos povos originários foi profundamente e completamente afetada. A fragmentação das comunidades, a perda de líderes tradicionais e a imposição de novas formas de organização social pelos colonizadores enfraqueceram a coesão social e a resistência dos povos indígenas. Os indígenas tiveram sua religião e crenças silenciadas, suas mulheres estupradas, suas crianças tomadas e toda sua história manchada com sangue.

Durante dois séculos a partir do descobrimento, o solo do Brasil teimosamente negou os metais aos seus proprietários portugueses. A exploração da madeira, o pau-brasil, ocupou o primeiro período da colonização do litoral, e logo apareceram grandes plantações de cana-de-açúcar no Nordeste. No entanto, diferentemente da América hispânica, o Brasil parecia vazio de ouro e prata. Os portugueses não tinham encontrado ali civilizações indígenas de alto nível de desenvolvimento e organização, somente tribos selvagens e dispersas. Os aborígenes desconheciam os metais; foram os portugueses que, por sua conta, tiveram de descobrir os locais em que se depositavam os aluviões de ouro no vasto território que se abria, através da derrota e do extermínio dos indígenas, à sua faina de conquistadores (Galeano, 2004, p. 37).

A ditadura militar foi diretamente responsável pela ratificação do genocídio dos povos indígenas. Em 1969, cinco anos após o golpe, foi criado, no Município de Resplendor (MG), o Reformatório Krenak com a colaboração entre a Polícia Militar do Estado de Minas e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Krenak ficou popularmente conhecido como um campo de concentração que recolhia os indígenas que se rebelavam contra as ostensivas tomadas de seus territórios (Corrêa, 2000, p. 129).

O contato com os europeus introduziu novas doenças às quais os povos indígenas não tinham imunidade, como varíola, sarampo e gripe. Estas epidemias dizimaram grande parte da população indígena, muitas vezes de maneira mais devastadora do que a violência direta. O antropólogo brasileiro Darcy Ribeiro estima que mais de metade da população aborígene da América, Austrália e ilhas oceânicas morreu contaminada logo ao primeiro contato com os homens brancos (Ribeiro, 1969, p. 71).

Estudar o passado é entender o presente e o futuro. Basta uma breve rebobinada na fita da história manchada do Brasil para entender o porquê e como chegamos aqui. Os povos originários do Brasil sentem na pele há mais de 500 anos, homens brancos, com costumes e palavras incompreensíveis, decidirem sobre suas terras e vidas. Desde os primórdios da exploração são reveladas, através da legislação, as represálias dos invasores pelos povos que aqui habitavam, seja pelas primeiras cartas de doação de terras aos colonizadores portugueses até os atuais decretos demarcatórios de terras indígenas (Pereira, 2011, p. 87).

2. RELAÇÕES POSSESSÓRIAS EM ÁREAS DE OCUPAÇÃO DOS POVOS ORIGINÁRIOS

1.1 Fundamentos da Posse à Luz do Direito Civil

A posse é um instituto civil muito estudado e conceituado, sendo geralmente reduzida a dois pressupostos: a teoria subjetiva, que possui como mentor o jurista alemão Friedrich Carl von Savigny através de sua obra *Das Recht des Besitzes*; e a teoria objetiva, cujo propugnador foi, idem jurista alemão, Rudolf von Ihering por meio da obra *Teoria Simplificada da Posse*. A posse é um direito especial, pois não depende de direito real ou obrigacional. Segundo Savigny (1865), a posse ocorre quando se tem o corpus (coisa), com aspecto objetivo, e o indivíduo age como se dono fosse de forma intencional “animus” (aspecto subjetivo) (Savigny, 1865, p. 34-36 e 109). Por sua vez, Ihering (1957) compreende a posse como a intenção de dono presumida quando se tem o corpus, considerando, assim, apenas um elemento (Ihering, 1957, p. 38). No Brasil, adota-se a teoria objetiva de Ihering.

No que concerne à propriedade, direito real sobre a coisa, o Código Civil não oferece uma definição objetiva (Gonçalves, 2023, p. 186), mas sim os poderes inerentes ao instituto jurídico. Define o art. 1.228 do disposto legal supra-mencionado que o proprietário tem direito de usar, gozar, dispor e reaver a coisa do poder de quem injustamente a possua ou detenha.

3.2 Previsão Constitucional

A Constituição Federal brasileira de 1988 estabeleceu o usufruto de terras ocupadas por povos originários, por meio de disposição e reconhecimento de direitos originários. Dessa forma, à luz de uma interpretação lógico-sistemática do art. 231 da CRFB/88, a nua propriedade é da União, que tem a posse indireta e, por sua vez, o usufruto exclusivo e a posse direta são dos povos indígenas (Ferreira, 1995, p. 446-448).

O usufruto advindo dessa originalidade da terra difere do privado, especialmente pelo caráter coletivista. Ao reconhecer como bem da União, a CRFB/88 ainda legitima que os povos originários possuem esse usufruto exclusivo sobre coisa alheia tratando de um verdadeiro direito real de natureza pública. Por conseguinte, tem natureza jurídica de direito real sobre coisa alheia que, a priori, seguiria o regime de um direito privado, mas que na realidade está sujeito diretamente ao Direito Público por força constitucional.

Leciona o jurista Luiz Pinto Ferreira que as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas constituem bens públicos federais, e conseqüentemente, caracterizam-se pela intangibilidade. Idem a CRFB/88 prescreve que tais terras são inalienáveis, imprescritíveis – daí porque impossível de ser usucapida - e indisponíveis. Em suma, as terras pelos povos originários ocupadas possuem características de inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade (Ferreira, 2002, p. 577).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 foi a primeira a assegurar aos povos originários existentes no país, numa sequência histórica de gradativa institucionalização de direitos fundamentais especialmente referidos à proteção dos indígenas. As constituições de 1934⁶, 1937⁷, 1946⁸, 1967⁹ e a Emenda Constitucional n. 1 de 1969¹⁰ não tinham nenhuma pretensão na proteção aos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim na

6 Segundo a Agência do Senado, a Carta de 1934 dava amplos poderes aos estados e assegurava preponderância do Poder Legislativo, além de ter instituído o voto secreto, o voto feminino e a Justiça do Trabalho. Foi a primeira a mencionar, em seu texto, direitos aos povos indígenas: em seu art. 129 tratava os povos originários brasileiros como “silvícolas” (habitante das selvas) garantindo-lhes a posse das terras de forma permanente, mas atribuindo um caráter alienável.

7 A Constituição de 1937, “Polaca”, dava respaldo jurídico para o regime autoritário do Estado Novo por Getúlio Vargas e era um retrocesso, no que concerne aos termos de democracia e direitos humanos. Houve fechamento do Poder Legislativo nos três níveis e, além disso, o Poder Judiciário subordinado ao Executivo.

8 Foi considerada a primeira experiência democrática do Brasil ao derrubar o Estado Novo com a deposição de Getúlio Vargas. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os movimentos democráticos internacionais influenciavam fortemente o contexto brasileiro.

9 Os movimentos socialistas que sondavam a Europa no século XX foram o estopim para que, em 1964, o Brasil sofresse um novo golpe de Estado. Após uma série de acusações pela direita brasileira e os militares ao Presidente João Goulart, ele foi deposto. Entre outras previsões, a Carta estabelecia a cassação e suspensão de direitos políticos pelo Poder Executivo e instituiu a pena de morte para crimes contra a segurança nacional. Mais tarde, em 1968, incorporou o AI-5. Foi responsável por incorporar as terras indígenas como propriedade da União, garantindo o usufruto das riquezas nela existentes.

10 Conhecida informalmente como Constituição de 1969, a EC n. 1 foi editada pela junta militar, após a trombose cerebral sofrida pelo então Presidente Artur da Costa e Silva. Sua principal modificação foi incorporar legalmente à Carta Magna, a série de Atos Institucionais, editados, até então, pelo regime militar instaurado após o golpe militar de 1964.

manutenção da propriedade do Estado ao incluir no rol de bens da União, sendo acompanhadas de constantes progressos e regressos – mas, desde já, faziam menção à existência de um direito originário.

Estabelece o art. 5º, XXII, da CRFB/88, que a propriedade é um direito inerente a qualquer brasileiro, nato ou naturalizado, constitucionalmente garantido, em seguida ainda prevê a função social da propriedade, ou seja, a propriedade de uma pessoa deve se comunicar com a necessidade da sociedade, possibilitando o bem comum (Mendes, 2021). A mesma proteção à propriedade encontra-se respaldada no art. 21 do Pacto de San José da Costa Rica: Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹¹.

Muito se discutiu a respeito da legitimidade da propriedade do território ocupado pelos indígenas: a Constituição Federal de 1988 ratificou a previsão anterior de que pertence à União, nos termos do art. 20, XI, da CRFB/88. A União, responsável pelas atribuições da soberania do Estado brasileiro, é caracterizada como pessoa jurídica de Direito Público Interno, reconhecida como entidade federativa autônoma em relação aos demais Estado-membros e municípios (Moraes, 2003, p. 207). Nesse liame, o poder constituinte originário idem impôs à União o reconhecimento das tradições, culturas, costumes, e os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, se responsabilizando-se pela demarcação e proteção aos bens (Moraes, 2003, p. 555).

3.3 Análise Jurídico-Constitucional Estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal

Foi necessária a desconstrução do conceito civilista clássico. A Constituição Federal assegura aos povos originários o direito de usufruir das terras que tradicionalmente habitam, incluindo o uso do solo, dos lagos e das florestas, entre outros recursos, previsão que vai além daquela expressa no Código Civil. Esse direito de fruição é efetivado através do usufruto garantido de forma exclusiva, conforme estipulado no artigo 231, §2º da Constituição, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo que eventualmente forem protocolados em Juízo.

A controversa principal no ordenamento jurídico brasileiro que sustentasse a concepção de posse das terras indígenas, era a sua natureza. Sabe-se que a compreensão do direito civil decorre, historicamente, do direito romano, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 27).

Discussões acerca de um suposto marco temporal que estabelecesse uma tese jurídica foram arguidas no legislativo brasileiro e posteriormente levadas ao Supremo Tribunal Federal em razão do controle de constitucionalidade. De forma explicativa, a tese do marco temporal defende que os povos indígenas só têm direito à demarcação de terras tradicionalmente ocupadas, se comprovarem que já habitavam essas áreas na data de promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, em 5 de outubro daquele ano.

O marco temporal está concentrado na PEC 215/2000 de autoria do ex-deputado federal Almir Moraes Sá (PPB/RR), que dispõe em somar o inciso XVIII ao art. 49, modificando o § 4º e acrescentando o § 8º, ambos no art. 231, sendo todos da Constituição Federal. Dessa forma, a PEC visa a alterar a competência sobre a demarcação de terras indígenas, que é de autoridade da União, transferindo essa ao Poder Legislativo, além de autorizar a revisão e revogação de territórios já homologados.

Por sua vez, de autoria do ex-deputado federal Homero Pereira (PR/MT), o Projeto de Lei n. 490/2007 visa a alterar a Lei n. 6.001/1973, que versa sobre o Estatuto do Índio. A PL – assim como a PEC supracitada – estabelece o termo exato do “Marco Temporal”, a fim de transferir a competência sobre a demarcação de terras ocupadas pelos povos originários, de forma a transferir tal encargo ao Poder Legislativo.

Tais projetos foram questionados no Supremo pelas ADI 7582, ADI 7583, ADI 7586 e a ADO 86, a partir de uma anterior disputa territorial movida contra o povo Xokleng em Santa Catarina, que deu origem à tentativa de firmar a validade dessa tese mediante o RE-RG 1.017.365 e a posterior publicação da Lei 14.701, hodiernamente acompanhada pela ADC 87. Mediada pelo Ministro Gilmar Mendes, foi criada uma comissão especial de conciliação no ano de 2024, com a finalidade de tratar das ações envolvendo o Marco Temporal, por meio de audiências de conciliação entre representantes dos povos indígenas, ruralistas, representantes do governo federal, organizações da sociedade civil, juristas e especialistas em direito indígena. Tais audiências levantam preocupações sobre uma possível flexibilização de direitos territoriais constitucionais que se observam indisponíveis e que não admitiriam, portanto, conciliação ou renúncia.

¹¹ Por força da Constituição, os tratados assinados possuem um caráter supralegal, isto é, abaixo da Constituição Federal, mas acima das demais normas, possuindo aqueles aprovados pelos parlamentares, equivalência à emenda constitucional.

Diante do vácuo jurídico que sustentasse a origem das relações possessórias de terras tradicionalmente, a Suprema Corte entendeu que: ora, se os povos originários nascem de uma realidade completamente distinta àquelas vivenciadas pelos romanos desde a fundação do Império no século VI a.C. e sua ampliação pelo continente europeu, não lhes é proporcional o mesmo entendimento e aplicação do direito civil como direito privado. Logo, a posse exercida por aqueles que detêm direito inato à terra constitui-se como *sui generis*, uma vez que este decorre da ancestralidade, cujo traço essencial é a relação de não exploração que os indígenas estabelecem com o seu território (na mesma perspectiva, STF, REExt 44.585, Rel. Min. Victor Nunes Leal, 1968). Outrossim, conforme leciona Venosa (2013): “os costumes indígenas não tiveram qualquer influência em nosso direito” (Venosa, 2013, p. 99).

Embora as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos originários constituem-se bens da União, lhes é garantido o usufruto exclusivo. Ante o exposto, a história do Brasil permite demonstrar que o paradigma normativo está em consonância com os princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a valorização da diversidade cultural e o direito ao território, assegurando que as terras indígenas não se limitam à questão da posse material.

A Constituição Federal de 1988 ao ser promulgada, pela primeira vez no ordenamento jurídico confere aos povos originários o poder de autodeterminação e autonomia, no que tange às questões relacionadas a seus assuntos internos e locais¹².

Da mesma forma, a Constituinte rompe com a visão tradicional de posse da terra, que a associava à propriedade privada e à exploração econômica. A posse indígena é reconhecida como um direito coletivo, ligado à identidade cultural, à sobrevivência física e cultural dos povos originários, e à sua relação ancestral com o território.

Ainda, a proteção desses territórios é essencial para a manutenção do equilíbrio ecológico e para a valorização dos conhecimentos ancestrais que contribuem para o desenvolvimento sustentável do país. Assim, o entendimento jurídico-constitucional das relações possessórias em áreas de ocupação dos povos originários brasileiros baseia-se em princípios constitucionais e no reconhecimento da história de ocupação tradicional indígena, e não em conceitos provenientes do direito romano, como a posse civilista, incumbindo ao Estado a proteção e preservação integral desses direitos inatos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta pesquisa, buscou-se traçar a trajetória do reconhecimento dos direitos territoriais indígenas no Brasil, desde o período colonial até a contemporaneidade, através do resgate de algum vestígio que lhes pudesse atribuir definição jurídica. Além disso, a análise revelou que a luta pela demarcação e proteção das terras indígenas é intrinsecamente ligada à história de resistência dos povos originários, que enfrentaram séculos de violência, espoliação e tentativas de apagamento cultural.

Em razão de um contexto histórico e cultural, a Suprema Corte decidiu por definir juridicamente a posse exercida pelos povos indígenas como “*sui generis*”, de forma que não lhes é proporcional atribuir um conceito proveniente de um direito civilista romano, uma vez que são realidades extremamente distintas.

Ademais, a decisão do STF que rejeitou a tese do marco temporal representa um marco histórico, ao reconhecer a posse indígena como um direito originário e ancestral, distinto dos conceitos civilistas de posse. Essa decisão reafirma a importância dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização da diversidade cultural e do direito ao território, e demonstra que o paradigma normativo brasileiro está em consonância com esses princípios.

A pesquisa também evidenciou que a proteção dos territórios indígenas é essencial para a manutenção do equilíbrio ecológico e para a valorização dos conhecimentos ancestrais, que podem contribuir para o desenvolvimento sustentável do país. No entanto, é importante ressaltar que a implementação efetiva dos direitos indígenas ainda enfrenta desafios, como a falta de recursos para a demarcação e fiscalização das terras, a pressão de atividades econômicas predatórias e a persistência de preconceitos e discriminação.

Outrossim, é fundamental que o Estado brasileiro e a sociedade como um todo estejam comprometidos com a promoção e proteção dos direitos indígenas, garantindo o respeito à sua cultura, autonomia e autodeterminação.

¹² Tal previsão foi devidamente ratificada pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, no Rio de Janeiro/RJ, em 2008.

REFERÊNCIAS

- CORRÊA, José Gabriel Silveira. A ordem a se preservar: a gestão dos índios e o Reformatório Agrícola Indígena Krenak. 2000. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – PPGAS, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.
- COUTO, Jorge. A Construção do Brasil: Ameríndios, Portugueses e Africanos, do Início do Povoamento a Finais de Quinhentos. Ed. Lisboa: Edição Cosmos, 1997, p. 182
- CUNHA, Manuela Carneiro da. História dos índios no Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras – Secretaria Municipal de Cultura, FAPRSP, 1992.
- DAL POZ NETO, João. No país dos Cinta-Larga: uma etnografia do ritual. 1991. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Departamento de Antropologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1991.
- DGLAB – Direção-Geral do Livro, dos Arquivos e das Bibliotecas. Lei restituindo aos índios do Grão-Pará e Maranhão a liberdade de suas pessoas, bens e comércio - Arquivo Nacional da Torre do Tombo – DigitArq. Portugal, Arquivo Nacional. Disponível em: <https://arquivos.dglab.gov.pt/>. Acesso em: 2 jun. 2024.
- FERREIRA, Luiz Pinto. Comentários à Constituição brasileira. 6. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERREIRA, Luiz Pinto. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GALEANO, Eduardo. As Veias Abertas da América Latina. 23. ed. Porto Alegre: L&PM, 2024.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: parte geral. 10. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. 18. ed. v. 2. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Brasil: 500 anos de povoamento. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <https://brasil500anos.ibge.gov.br/>. Acesso em: 2 jun. 2024.
- IHERING, Rudolf von. Teoria simplificada da posse. São Paulo: Edipro, 1999.
- MAXWELL, John Francis. Slavery and the Catholic Church: the history of catholic teaching concerning the moral legitimacy of the institution of slavery. Califórnia: Barry Rose Publishers, 1975.
- MENDES JÚNIOR, João. Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.
- MENDES, Marta. O que é a função social da propriedade e seu papel no Direito Civil. Aurum. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/funcao-social-da-propriedade/>. Acesso em: 27 maio 2024.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORGAN, Lewis Henry. Ancient Society, or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization. New York, 1881.
- PEREIRA, Luciene Maria Pires. As sesmarias em Portugal e no Brasil: a colonização do Brasil analisada por meio das cartas de doação e dos forais. 2011. 137 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras (FCLAS), Assis, 2011.
- RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. 3. ed. São Paulo: Global, 2015.
- RIBEIRO, Darcy. As Américas e a Civilização: processo de formação e causas do desenvolvimento desigual dos povos americanos. 7. ed. São Paulo: Global, 2021.
- ROCHA, Mauro Antônio. Breve história da propriedade imobiliária no Brasil. [blogspot.com](https://mauroantoniorocha.blogspot.com/2013/10/breve-historia-da-propriedade.html). Disponível em: <https://mauroantoniorocha.blogspot.com/2013/10/breve-historia-da-propriedade.html>. Acesso em: 27 maio 2024.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. Das Recht des Besitzes. 7. ed. Deutschland, 1865.
- SCHWARCZ, Lília Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. Brasil: uma biografia. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, José Afonso da. Parecer jurídico. 2016. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf. Acesso em: 30 maio 2024.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- VOGT, John L. Fernão de Loronha and the Rental of Brazil in 1502: A New Chronology. In: The Americas, 1967.