

DIREITOS FUNDAMENTAIS INDÍGENAS: A NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO INTEGRADA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

FUNDAMENTAL RIGHTS OF INDIGENOUS: THE NEED FOR INTEGRATED INTERPRETATION OF CONSTITUTIONAL STANDARDS

Jaqueline Mielke Silva*

SUMÁRIO: Introdução. 1 A questão indígena no Brasil: as guerras de extermínio, as epidemias, a escravidão e a incorporação da cultura brasileira pelos índios. 1.1 A Constituição Federal de 1988 e a proteção do direito e da cultura indígena. 1.2 O reconhecimento de direitos indígenas como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. 2 O tratamento da questão indígena no âmbito Supremo Tribunal Federal: a Constituição Federal de 1988 como marco temporal para o reconhecimento do direito indígena às terras ocupadas por terceiros. 2.1 O direito indígena *versus* direito de propriedade de terceiros e a garantia da segurança jurídica e boa-fé. 2.2 A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade na questão indígena: a interpretação integrada das normas constitucionais. Considerações finais. Referências.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 tutelou em diversos dispositivos legais a proteção aos índios, sendo expressamente reconhecido o direito à diferença. Relativamente à tutela de terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, a previsão constitucional não abrange aquelas áreas ocupadas imemorialmente, pressupondo a posse atual da comunidade indígena. A efetivação da determinação constitucional, de preservação das áreas ocupadas por comunidades indígenas, deve ser interpretada de forma integrada com outras garantias e princípios previstos na Constituição Federal, em especial com o direito de propriedade e a segurança jurídica, num exercício hermenêutico norteado pelo princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Índios. Segurança jurídica. Direitos fundamentais.

ABSTRACT: *The 1988 Constitution mentions in various legal provisions protecting the Indians, is expressly recognized the right to difference. Regarding the protection of lands traditionally occupied by indigenous peoples, the constitutional provision does not cover those areas occupied immemorially, assuming the current ownership of the indigenous community. The effectiveness of the constitutional determination, preservation of areas occupied by indigenous communities, should be interpreted in an integrated manner with other guarantees and principles contained in the Constitution, in particular the right to property and legal certainty, a hermeneutic exercise guided by the principle of proportionality.*

Keywords: *Indians. Property. Legal certainty. Fundamental rights.*

INTRODUÇÃO

A questão indígena, em que pese estar contemplada em diversos dispositivos da Constituição Federal, ainda não alcançou o nível de apaziguamento doutrinário e jurisprudencial satisfatório. O presente ensaio tem o propósito de dialogar sobre a questão da identificação das terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, a partir de uma análise integrada de outras garantias e princípios previstos na Constituição Federal, tendo como ponto de partida uma perspectiva hermenêutica.

De acordo com o artigo 231 da Carta Constitucional restou consagrado o dever de tutela do Estado em relação às terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, competindo a União demarcá-las e protegê-las. Este respectivo dispositivo legal considera nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, domínio e posse das referidas áreas, sem qualquer direito de indenização aos ocupantes, titulares ou possuidores, com a ressalva apenas do ressarcimento devido em relação ao valor das benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé.

* Possui Mestrado e Doutorado em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Especialização em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS; É professora no curso de Mestrado da Faculdade Meridional - IMED; Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS, Escola da Magistratura Federal - ESMAFE; Fundação Escola da Magistratura do Trabalho - FEMARGS; Fundação Escola do Ministério Público do RS - FMP, Fundação da Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul - FESDEP.

Evidentemente, que essa previsão constitucional tem valor social inestimável, considerando o tratamento desumano e discriminatório que foi dado aos povos indígenas ao longo da história. A interpretação isolada deste dispositivo legal, sem atentar-se para outras garantias e princípios constitucionais, acaba desprezando o direito de eventuais terceiros, que possuem titularidade legítima sobre áreas que estão sobre o seu domínio, muitas vezes, há mais de um século.

Neste contexto a proposta do presente ensaio é uma breve reflexão sobre este aparente conflito de normas e valores constitucionais, de forma a se obter, por meio da hermenêutica crítica e reflexiva, solução que se mostra mais coerente com o sentimento social e jurídico atual.

1 A QUESTÃO INDÍGENA NO BRASIL: AS GUERRAS DE EXTERMÍNIO, AS EPIDEMIAS, A ESCRAVIDÃO E A INCORPORAÇÃO DA CULTURA BRASILEIRA PELOS ÍNDIOS

A questão indígena nasceu com o descobrimento do Brasil e da América, e continuará a existir enquanto houver povos indígenas. O ponto central diz respeito ao índio e suas relações com o mundo que se criou no seu entorno e à sua revelia, o que o colocou na condição de estranho na sua própria terra, o que culminou com sua morte ou ao desaparecimento cultural.

Com o encontro do novo com o velho mundo, milhares de indígenas desapareceram. A consolidação do domínio português no Brasil veio acompanhada das guerras de extermínio. A incompatibilidade entre colonizadores e índios parecia inevitável. No seu ocaso, com a chegada de D. João VI ao Brasil, promoveu-se a Guerra dos Botocudos dos vales dos rios Doce e Mucuri – com direito à usurpação das terras e à escravização dos sobreviventes (GOMES, 2012, p.58).

A partir de 1841, após a Cabanagem, a questão indígena no Brasil deixa de ser um problema de controle político-militar, de guerra declarada para extermínio ou de ataques incentivados, e passa a ser de administração de conflitos localizados e querelas. Não existe mais um poder militar indígena que desafie o Estado. O índio sobrevivente, morador de aldeias próximas a vilas vira o chamado “caboclo”, pelas autoridades locais, sempre sob o olhar vigilante das autoridades e sob o interesse e controle dos fazendeiros regionais, com interesse em suas terras, as quais são progressivamente invadidas e usurpadas pela força de jagunços e também pela cooptação de lideranças vulneráveis, em razão da promessa de mercadorias ou benefícios menores.

No Brasil independente, por sua vez, os extermínios se deram em promoções privadas, de caráter empresarial, tanto no norte quanto no sul do país. A título de exemplo, os coroados – atuais Kaingang e Xokleng – sofreram ataques constantes dos “bugreiros”, espécies de “esquadrões da morte” especializados em índios. Os índios que viviam nas terras de caucho, borracha, castanha e outros produtos extrativos eram atacados por grupos semelhantes, financiados por empresas e particulares. Nas zonas pastoris, com o cerrado goiano e maranhense, expedições e fazendeiros foram frequentes e arrasadoras, durando todo o século IX e atingindo o século XX. Em 1913, na região da cidade de Barra do Corda (MA), de uma aldeia formada por 180 índios Canela, 130 foram assassinados a tiros e facadas, depois de embriagados. Por quase duzentos anos, os Avá-Canoeiro, que viviam ao longo do alto do Rio Tocantins, foram vítimas de grupos de extermínio. No século XVIII somavam um contingente de 1.500 pessoas. No ano de 1968, sua última aldeia foi atacada por jagunços a mando de fazendeiros que estavam se implantando no município de Minaçu em Goiás, de onde apenas sobreviveram quatro índios, que somam

apenas seis hoje em dia, vivendo em uma terra demarcada ao lado da usina hidrelétrica UHE Serra da mesa (GOMES, 2012, p.58).

Se não bastassem as guerras de extermínio, mais devastadoras ainda foram as epidemias de doenças trazidas pelos europeus e africanos. A varíola, sarampo, catapora, febre amarela, tuberculose, gripes e pneumonias, arrasaram aldeias inteiras.

Não é demasiado referir, que o poder das epidemias é ainda maior quando elas surgem em situações de escassez em que aumentam as dificuldades para se obter alimentos, apressando a morte de doentes por inanição aguda.

Segundo Mércio Pereira Gomes (2012, p.60),

quando foi descoberta a etiologia das epidemias e sua contaminação, portugueses e brasileiros não sentiram nenhum escrúpulo em utilizar-se desse conhecimento para promover o extermínio de aldeias e povos indígenas que estavam no seu caminho.

Prossegue ainda o autor, referindo:

Esta mistura mais cruel de guerra e epidemia é o que se chama hoje de guerra bacteriológica. Sua primeira utilização conhecida no Brasil se deu em 1815, em Caxias, no estado do Maranhão, terra de Gonçalves Dias. Lá grassava uma epidemia de varíola quando um bando de índios Canelas Finas apareceu de visita. As autoridades os receberam com tal hospitalidade que lhes distribuíram brindes e roupas previamente contaminadas por doentes. Os índios pegaram a doença e, dando-se conta do caráter do contágio, fugiram desesperadamente de volta para suas terras, muitos morrendo pelo caminho. Os sobreviventes contaminaram outros mais, e meses depois essa epidemia alcançava os índios de Goiás.

Estas epidemias programadas, realmente, representam o fino de um espírito perverso de extermínio e genocídio. Poucas vezes foi utilizada na história desta forma. O ter sido utilizada no Brasil contra os índios é exemplo vergonhoso da constituição moral de segmentos de sua população.

Esse morticínio nunca visto foi fruto de um processo complexo cujos agentes foram homens e microorganismos, mas cujos motores últimos poderiam ter sido reduzidos a dois: ganância e ambição, formas culturais da expansão do que se convencionou chamar o capitalismo mercantil (CUNHA, 2012, p.14). Motivos mesquinhos e não uma deliberada política de extermínio conseguiram esse resultado espantoso de reduzir uma população que estava na casa dos milhões em 1500 aos pouco mais de 200.000 índios que habitam o Brasil atualmente.

Os poucos índios sobreviventes das guerras de extermínio e das epidemias, não tiveram um melhor destino. A escravidão pessoal ou uma servidão compulsória eram mais a regra do que exceção, sobretudo nos tempos iniciais da colonização e antes da utilização em massa da escravização dos negros africanos.

Na atualidade, a grande maioria dos povos indígenas no Brasil conhece, em determinados graus de precisão, os principais mecanismos que dinamizam o país. A passagem da condição de povo autônomo culturalmente e livre politicamente para uma convivência pacífica, porém submetida à sociedade brasileira, se dá por uma espécie de pacto no qual os índios aceitam as regras derivadas originalmente das relações de servidão, agora em forma de clientelismo. A eles é permitida a manutenção de parte do seu patrimônio histórico e é facultado o conhecimento parcial e a experiência mínima dos desenvolvimentos da sociedade brasileira. Em compensação, é deles exigida a submissão aos interesses maiores da nação, e também aos menores (GOMES, 2012, p.69). Esta

política tem por objetivo claro a incorporação da cultura da sociedade brasileira aos índios, com a conseqüente perda da cultura indigenista.

1.1 A Constituição Federal de 1988 e a proteção do direito e da cultura indígena

A dimensão histórica da questão indígena é mais ampla do que aquela que define a história brasileira ou mesma americana de um modo em geral. Ela é a representação concreta de um intercruzamento que se dá no embate entre dois tipos de civilização, formando um dupla incombinável. Na medida em que o Brasil cresce, a população indígena decresce. Independentemente do período histórico – colônia, monarquia, república, ditadura ou democracia – nota-se sempre a discriminação sofrida pelos índios: pressões sobre suas terras, desleixo com sua saúde e sua educação, desrespeito, injustiça e perseguições que sofrem, vindas de todos os quadrantes da nação (GOMES, 2012, p.16).

A Constituição Federal de 1988, de modo a “compensar” todas as atrocidades cometidas contra os índios, além de vários artigos dedicados a essa população, reconhecendo-os como cidadãos e como uma das minorias da nação, produziu dois artigos fundamentais que tratam dos seus direitos específicos, *verbis*:

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

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

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

§ 3º. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º. As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º. É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º. Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º e 4º.

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

Estes dispositivos legais têm sido aclamados por grande parte da doutrina indigenista, dentre eles, Márcio Pereira Gomes (2012, p.111) em razão de considerar “as terras indígenas como advindas de um direito ‘originário’, o que quer dizer que antecede à chegada dos portugueses”. Prossegue ainda o autor, afirmando:

Tal conceituação favoreceu os antropólogos e ao Ministério Público a defender direitos dos índios sobre terras que lhes haviam sido usurpadas no passado, independentemente de hoje pertencerem a terceiros. Com tal interpretação, muitos juízes deferiram processos de demarcação acatando o direito originário como carro-chefe da argumentação.

No mesmo sentido, Darcy Ribeiro entende que aos índios “afortunadamente, foram reconhecidos os seus direitos constitucionais à posse das terras em que vivem e que são indispensáveis à sua sobrevivência”. Entretanto, complementa que “sinistras vozes se levantam querendo revogar a demarcação dessas terras” (RIBEIRO, 2010, p.91).

O reconhecimento dos direitos dos índios pela Constituição Federal é uma grande inovação. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios tornam-se bens da União, competindo a ela, a demarcação, proteção e respeito a todos os seus bens. Consideram-se habitadas em caráter permanente, as utilizadas para fins produtivos, bem como aquelas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais a seu bem-estar.

As terras que tenham os indígenas em sua posse são consideradas como posse permanente, bem como o usufruto das riquezas minerais, não produzindo efeitos jurídicos os atos que tenham ocupação, o domínio e a posse. Cabe ao Congresso Nacional a autorização para aproveitamento dos recursos hídricos e da lavra das riquezas minerais, dentro de terras indígenas, necessitando da anuência dos indígenas e também da participação nos resultados, conforme determina o § 3º do art. 231 da Constituição Federal.

Por outro lado, a Constituição Federal reconhece o direito à diferença e não propaga mais a incapacidade do indígena que necessitava, por isso mesmo, da tutela (art. 232 da Magna Carta). Na nova sistemática, existe o reconhecimento da capacidade indígena, que agora pode ingressar em juízo na defesa dos seus direitos, sem depender de intermediação. Saímos do paradigma da tutela indígena “protetiva” para o paradigma constitucional de proteção dos interesses indígenas, o que é completamente diferente (BARBIERI, 2008, p.105).

Essa mudança e o avanço da Constituição Federal de 1988, marca um recomeço. Na questão indígena, procura-se o rompimento com paradigmas ultrapassados e hipócritas, como o da integração, para a busca do reconhecimento das diversidades, procurando uma interação entre eles, sem o rompimento de tradições culturais e de identidade.

Segundo Antônio Carlos Wolkmer (2003, p. 88),

a Constituição elevou os direitos já protegidos no Estatuto do Índio, ao nível constitucional, e esta constitucionalização realçou a organização social, os costumes, as línguas, as crenças, e as tradições indígenas e terminou com a concepção evolucionista de assimilação, como se as populações indígenas fossem realidades transitórias.

Assim, a Constituição Federal superou ideias como a do ex-presidente Geisel, que não entendia as razões pelas quais os índios teimassem em permanecer índios. Ao tratar do assunto, o antropólogo Darcy Ribeiro (2010, pp.76-77) refere que Geisel dizia:

por que esses índios se mantêm nessa mania de serem índios? Meu pai e minha mãe são alemães. Eu falei só alemão até os doze anos de idade e hoje sou brasileiro. Esses índios teimam em ser índios, provavelmente porque são induzidos a isto pelos missionários e pelos funcionários do serviço de proteção.

A partir disso concluía que cumpria decretar imperialmente que as tribos indígenas aculturadas deixassem de ser indígenas para passarem a ser comunidades brasileiras comuns. Essa emancipação compulsória importaria para os índios nas perdas de suas terras, na perda de qualquer direito ao amparo compensatório e, portanto, em sua dizimação (RIBEIRO, 2010, p.77).

1.2 O reconhecimento de direitos indígenas como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana

Tratar de dignidade da pessoa humana é tratar da sua inserção dentro de um Estado Democrático de Direito, que constitui o fundamento de nosso sistema constitucional e da nossa organização como Estado Federativo, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

A noção de um direito fundamental (e também de uma garantia fundamental) vinculado às condições materiais que asseguram uma vida com dignidade teve sua primeira importante colaboração dogmática na Alemanha, onde obteve reconhecimento jurisprudencial.

Na doutrina, Otto Bachof (1987, p.32) foi um dos primeiros juristas a sustentar a possibilidade de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna. Segundo o jurista, o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia de liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por essa razão, o direito à vida e integridade corporal não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência – como direito de defesa -, mas também com uma postura ativa no sentido de garantir a vida.

Evidentemente, que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia de mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta. Uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, não podendo ser reduzida à mera existência. A dignidade da pessoa humana independe de qualquer circunstância concreta, já que todos – inclusive o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas, ainda que não se portem de modo suficientemente digno. É este, inclusive, o entendimento do artigo 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”. Este preceito universalizou as premissas basilares de Emanuel Kant (SARLET, 2002, p.44).

A dignidade, como valor moral e, também espiritual, seria um mínimo indispensável de valores que devem ser respeitados pela sociedade, tendo o ser humano direito à autodeterminação e à liberdade na condução da própria vida, devendo ser protegida pelo Direito e suas normas, como medida de reconhecimento da própria essência e da condição de ser humano.

O constitucionalista português José Carlos Vieira de Andrade (1987, p.102), sustenta que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se na base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, admitindo, todavia, que o grau

de vinculação dos diversos direitos a esse princípio poderá ser diferenciado, de tal sorte que existem direitos que constituem explicitações em primeiro grau da ideia de dignidade e outros que destes são decorrentes.

O direito indígena tem sustentação fundamental no princípio da dignidade da pessoa humana (BARBIERI, 2008, p.110). Evidentemente, que como seres humanos, os índios tem direito a uma vida digna em igualdade de condições com outras raças. A cultura indígena, seus hábitos próprios, sua rica diversidade, devem ser respeitados.

Não é demasiado referir, que desde a ocupação da América pelos europeus, a maioria dos pensadores detinha um péssimo conceito sobre a natureza e condição humana do índio, qualificando-os como seres inferiores, indolentes, sujeitos, canibais, talvez como forma de legitimar a exploração dos colonizadores sobre as populações indígenas (COLAÇO, 2000, p.88). Mesmo assim, existiram alguns espíritos conscientes, que foram precursores da defesa dos direitos humanos indígenas, denunciando a opressão e as injustiças sociais, que culminaram com a proteção constitucional do direito às comunidades indígenas.

2 O TRATAMENTO DA QUESTÃO INDÍGENA NO ÂMBITO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO MARCO TEMPORAL PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO INDÍGENA ÀS TERRAS OCUPADAS POR TERCEIROS

A garantia constitucional prevista para os índios – no tocante aos direitos originários sobre suas terras – está explicitada em diversos dispositivos constitucionais, segundo Alexandre de Moraes (2006, p. 763):

Definição: são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições;

Propriedade: são bens da União (CF, art. 20, XI);

Posse permanente: é dos próprios índios, indispensável a lição de José Afonso da Silva, que preleciona: ‘a posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios não é a simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela possessio ab origine que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio.

Destinação: as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, compreendendo, pois, o uso e a fruição, quer se trate de minerais, de vegetais ou de animais. Além disso, são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis;

Aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra de riquezas minerais: só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra, na forma da lei (art. 231 § 6º).

Remoção dos índios: é vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população.

Em 2009 o Supremo Tribunal Federal julgou o paradigmático caso “Raposa Serra do Sol” (Petição 3.388), estabelecendo dezenove condicionantes para a preservação de terras indígenas, a seguir especificados:

a) usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar (artigo 231, § 6º, da Constituição Federal);

b) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;

c) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra de riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes participação nos resultados, na forma da lei;

d) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, dependendo-se o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;

e) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

f) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

g) o usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;

h) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

i) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando em conta usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai;

j) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes;

l) deve ser admitido o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;

m) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

n) cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;

o) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade jurídica ou pela comunidade indígena;

p) é vedado, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;

q) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros;

r) É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

s) Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis;

t) É assegurada a participação dos entes federativos durante o processo demarcatório.

Além das condicionantes acima transcritas, o Supremo Tribunal Federal, editou a Súmula 650, *verbis*: “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”. A data da Constituição Federal de 1988, “seria o tempo legal em que um grupo indígena necessitaria estar ocupando uma determinada área para ela ser considerada ‘tradicionalmente ocupada’” (GOMES, 2012, p.111).

O Supremo Tribunal Federal teve também a oportunidade de enunciar a forma adequada de compreensão da noção de “posse imemorial” exercida pelos povos indígenas, o que se efetivou por meio de elucidativo o voto do Min. Nelson Jobim, proferido por ocasião do julgamento do RE 219.983-3, onde restou consignado que:

Em 1988, começou a aparecer esta expressão, rejeitada amplamente na Assembleia Constituinte e repetida pelo Ministro Moreira Alves, a chamada “posse imemorial”. Esse conceito nada tinha a ver com o jurídico, mas com o antropológico, e os grupos indigenistas pretendiam com isso retomar o conceito de posse imemorial para recuperar o indigenato de João Mendes, na famosa conferência de 1912. Por isso, quando se definiu as terras indígenas, no texto do art. 231 da Constituição Federal, houve uma longa discussão – e aqui quero contar com a memória do eminente Ministro Maurício Correa –, num trabalho imenso do Senador Severo Gomes, que esclarece perfeitamente a questão da definição das terras indígenas.

O mesmo Ministro, na fundamentação de seu voto, salienta que o artigo 231, § 1º da Constituição Federal, o reconhecer o direito dos povos indígenas impõe o requisito da permanência “são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente [...]” e ressalta:

Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também que a palavra “tradicionalmente” não é posse imemorial, é a forma de possuir, não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse.

Na decisão prolatada na Ação Civil Originária 1.383, em agosto de 2010, referente à Reserva Indígena Cachoeirinha, em Mato Grosso do Sul, pelo Tribunal Pleno do STF, foi referendada a liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio que manteve a

posse da área indígena a atual proprietária do imóvel, cuja titulação remonta o ano de 1892. Na decisão liminar o Ministro refere:

Quanto ao pedido de tutela antecipada, levem em conta a circunstância de as terras indígenas a se demarcarem, segundo disposto no artigo 231 do Diploma Maior, serem aquelas ocupadas quando da promulgação do mencionado Documento, vale dizer, em 1988. No caso concreto, verifica-se o domínio por particulares desde 1892, datando o título da autora de 20 de dezembro de 1912. Há de se preservar a situação jurídica apanhada pela Carta de 1988 e esta foi confirmada, inclusive, pela comunidade indígena Terena da Terra Indígena Cachoeirinha no que apresentou histórico a remontar a ocupação indígena a data anterior aos títulos envolvidos na espécie.

No mesmo sentido foi a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança n. 28.555, em janeiro de 2010, em que se suspendeu os efeitos do Decreto Presidencial de 21 de dezembro de 2009, que homologou a demarcação da Terra Indígena denominada Arroio-Korá, em relação ao imóvel denominado Fazenda Polegar, no Estado do Mato Grosso do Sul. Dentre outras alegações, sustentam os impetrantes que nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as terras tradicionalmente indígenas seriam somente aquelas efetivamente habitadas por grupos indígenas quando da promulgação da Constituição de 1988. Naquela oportunidade, asseverou o Ministro Gilmar Mendes:

São plausíveis os argumentos quanto à violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. Ademais, os documentos de fls. 41-83 atestam que o registro do imóvel é do ano de 1924, muito anterior, portanto, à data de 5 de outubro de 1988, fixada como marco temporal de ocupação pela jurisprudência desta Corte no conhecido caso Raposa Serra do Sol, tal como explicitado em trechos da ementa do acórdão na PET nº 3388, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 25.9.2009.

O entendimento de que o artigo 20, incisos I e XI, não abarca terras que apenas em tempos imemoriais foram ocupadas pelos índios, está presente nos julgamentos dos RE 335887 e RE 219.983:

Usucapião. Aldeamentos indígenas. Artigo 20, I e XI, da Constituição. - O Plenário desta Corte, ao julgar o recurso extraordinário 219.983, firmou o entendimento de que os incisos I e XI do artigo 20 da atual Constituição não abarcam terras, como as em causa, que só em tempos imemoriais foram ocupadas por indígenas. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. - Ademais, que, não havendo interesse da União no feito, fica prejudicada a alegação de ofensa ao artigo 109 da Carta Magna. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 335887, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, 12.03.2002).

BENS DA UNIÃO - TERRAS - ALDEAMENTOS INDÍGENAS - ARTIGO 20, INCISOS I E XI, DA CARTA DA REPÚBLICA - ALCANCE. As regras definidoras do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal de 1988 não albergam terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas. (RE 219983, Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, 17.09.1999).

Não é demasiado referir que, raciocínio diverso nos levaria a concluir que todo o Brasil pertenceria aos índios, que foram os primeiros ocupantes de toda a extensão territorial de todo o nosso país.

Entretanto, o antropólogo Mércio Pereira Gomes discorda de que deva ser estabelecido como marco temporal para a ocupação de terras indígenas, a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, referindo que,

com essa data simbólica, porém antropológicamente aleatória e arbitrária, diversos processos de demarcação vem sendo contestadas nos tribunais regionais, ao não se poder provar que um determinado grupo indígena tenha estado em ocupação de uma certa área naquela data (GOMES, 2012, p.111).

Em que pese entendermos que os direitos indígenas devam ser tutelados, discordamos desse entendimento, pois, evidentemente que o parágrafo 6º do art. 231 da Constituição Federal não pode ser interpretado isoladamente, mas sim concomitantemente com a previsão do § 1º do mesmo dispositivo legal e de outros direitos tutelados pela Carta Magna, como o direito adquirido e aqueles que dele decorrem (v.g. segurança jurídica, confiança, boa-fé objetiva).

2.1 O direito indígena *versus* direito de propriedade de terceiros e a garantia da segurança jurídica e boa-fé

Evidentemente, que existe uma “dívida” de todos os brasileiros para com os povos indígenas, que foram dizimados e segregados. Aliado a isso, evidentemente, que o direito à diferença desses povos deve ser preservado, como expressão do direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Todavia, entendemos que esta “dívida” deva ser paga por todos os brasileiros, e não por uma pequena parcela de produtores rurais, que muitas vezes integram minifúndios, e também vivem em condições miseráveis. Retirar essas pessoas de suas terras, significa sacrificar direitos fundamentais mínimos. É importante lembrar, que o direito fundamental à dignidade da pessoa humana abrange todos os brasileiros e não apenas os índios.

Para piorar a situação dos proprietários de terras, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal,

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

Se o parágrafo supra transcrito for interpretado – sem o estabelecimento do marco temporal como sendo a Constituição Federal de 1988 -, os proprietários de terras que um dia tenham pertencido aos índios, não terão direito ao pagamento de qualquer valor a título de indenização, exceto eventuais benfeitorias que tenham sido realizadas sobre referidas áreas. Ou seja, quem pagará a “dívida” da sociedade brasileira serão alguns poucos proprietários de terras, quando a mesma deveria ser paga por toda a coletividade.

Na verdade, a questão deve ser resolvida pela União da seguinte forma: ou concede terra aos índios, diversa daquelas que um dia tenham sido ocupadas por comunidades indígenas, ou indeniza os proprietários pelas áreas que pretende demarcar, e que em um passado remoto os índios tiveram posse. O que não se pode concordar é que os particulares não tenham direito à indenização por terras adquiridas de boa-fé que um dia os índios tiveram posse (aquisições essas anteriores à Constituição Federal de 1988!).

Ao lado dos artigos 231 e 232, há outros direitos previstos na Constituição Federal, de igual hierarquia, e que também devem ser preservados, v.g., o direito de propriedade, previsto no art. 5º, inciso XXII, como também o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, tutelados no inciso XXXVI desse mesmo dispositivo legal.

A combinação destes dois postulados constitucionais, com os artigos 231 e 232 da Magna Carta, acarreta a necessária conclusão no sentido de que cabe ao direito reconhecer a efetiva necessidade de proteção dos títulos de propriedade de particulares que ocupem áreas de terra que foram há tempos remotos sede de ocupação indígena, mormente quando estas aquisições imobiliárias decorrem inequivocamente de atos estatais.

Entendimento diverso estaria eivado de nítida inconstitucionalidade, violando o artigo 5º, inciso XXXVI, que contempla o direito adquirido e também o direito fundamental de propriedade, previsto no inciso XXII, ambos da Magna Carta. Logo, estariam violados a segurança jurídica, o princípio boa-fé objetiva e o ato jurídico perfeito.

Não reconhecer o direito adquirido aos particulares que ostentam títulos legítimos de propriedade significaria comprometer a realização do ideal de segurança jurídica de todo o sistema: não se pode confiar em nenhum ato estatal, pois, sempre estarão sujeitos à revisão pelo próprio Estado. Pior do que isso: o Estado que reconhece direitos, criando situações jurídicas consolidadas, posteriormente os retira, não outorgando aos respectivos titulares do domínio sequer o direito de se verem indenizados pelo valor de suas respectivas áreas. Note-se que há inclusive decisões judiciais que se utilizando indevidamente do caso Raposa Serra do Sol, reconhecem o direito de indenização aos recorrentes apenas sobre as benfeitorias realizadas sobre os imóveis, ou seja, sem que a terra seja indenizada. É evidente a insegurança decorrente destes julgamentos, que se projeta não apenas para os proprietários, mas também para toda a população brasileira, considerando que em sua origem, o Brasil foi habitado por índios.

O direito adquirido e o ato jurídico perfeito constituem garantias constitucionais insculpidas no artigo 5º, inciso XXXVI da Magna Carta (SILVA, 2006, p. 133). Este dispositivo consagra, na Constituição Federal, o princípio da segurança jurídica que, junto ao princípio da confiança, tratam-se de elementos constitutivos do Estado de Direito, servindo de base para a condução das relações na sociedade de forma segura, autônoma e responsável. Estes princípios determinam a conformação formal e material dos atos legislativos e administrativos praticados pelos entes públicos.

O constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho (1996, p.372) refere que a ideia da segurança jurídica tem relação com dois princípios materiais concretizadores: “princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança”, que importa em leis estáveis, ou pelo menos não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos. Também, Paulo de Barros Carvalho (2002, p.95) leciona no mesmo sentido, *verbis*:

O princípio da segurança jurídica é decorrência de fatores sistêmicos, dirigido à implantação de um valor específico, qual seja, o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da relação da conduta. Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza.

Em razão dessa circunstância, o princípio do Estado de Direito, densificado pelos princípios da segurança jurídica e da confiança jurídica, implicam em uma dimensão garantística jurídico-subjetiva dos cidadãos, legitimando a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas.

Disso decorre a ideia de *medida de confiança* na atuação dos entes públicos dentro das leis vigentes e de proteção dos cidadãos no caso de mudança legal necessária para o desenvolvimento da atividade estatal (CANOTILHO, 1996, p.375). No caso das concessões de títulos de propriedades a particulares, por meio de inúmeros os atos estatais que garantiram o direito de propriedade destes sobre áreas que foram no passado ocupadas por comunidades indígenas, seria vedado à administração pública invalidá-los, pois, causaria danos irreparáveis aos proprietários de terras, por afrontar a segurança jurídica e a boa-fé.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.109), também segue esta mesma linha de raciocínio, ao afirmar que segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evitado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

No momento em que o direito de propriedade foi incorporado ao patrimônio dos particulares o foi com base em leis e atos constitucionais, não sendo possível se falar em vício, ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos praticados ao longo de várias décadas. Assim, não se pode imaginar a revogação de atos praticados em razão de decreto editado pela própria administração pública.

É exatamente em razão de tudo o que até aqui exposto, isto é, em face do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e, claro, da segurança jurídica, todos vinculados à boa-fé, que deve ser respeitada a titularidade de particulares que há um longo período de tempo exercem legitimamente a propriedade de áreas de terras que num passado longínquo serviram de ocupação de povos indígenas. Neste sentido, a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p.85):

A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.

Conclui-se, portanto, a impossibilidade da Administração Pública de rever seus atos a qualquer tempo, ante a estabilização destes, em total respeito à segurança jurídica constitucionalmente garantida.

2.2 A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade na questão indígena: a interpretação integrada das normas constitucionais

Partindo-se da decisão proferida pela Suprema Corte, no caso Raposa Serra do Sol, percebe-se a relevância do princípio da proporcionalidade, consagrado nos artigos 3º e 5º da Constituição Federal, em hipóteses como a presente, ante aos princípios e garantias fundamentais em jogo.

A ponderação de resultados é um método de desenvolvimento do Direito, sendo que a elaboração do princípio da proporcionalidade surge justamente da racionalização de soluções concretas para o conflito de Direitos e bens. O princípio da proporcionalidade surge no século XVIII, a partir da ideia de limitação do poder (PENALVA, 1990, p. 290). No século XIX, a ideia de proporcionalidade integral, no direito administrativo, o princípio geral do direito de polícia, manifestando-se na necessidade de limitação legal da arbitrariedade do poder executivo (CANOTILHO, 1991, p. 386). Entretanto, tal princípio apenas foi elevado ao *status* constitucional no século XX, na Alemanha (STUMM, 1995, p. 78).

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, desdobra-se em três elementos: princípio da proporcionalidade em sentido estrito, princípio da conformidade ou adequação de meios e princípio da necessidade. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem por escopo que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente o melhor possível. Ou seja, acima de tudo, não se pode ferir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais (PENALVA, 1990, P. 300), com desrespeito intolerável da dignidade humana. Em havendo antinomia entre uma norma e um princípio que estabeleça algum direito fundamental, deverá preponderar o último.

Esse princípio confunde-se com a pragmática da ponderação ou lei da ponderação. Decorre da análise do espaço de discricionariedade semântica presente no sistema jurídico. Constitui requisito para a ponderação de resultados à adequação entre meios e fins. A questão que se deve avaliar é como e em que grau se pode justificar uma ponderação no direito. Justificar significa mostrar que se está em sintonia com a pauta valorativa no ordenamento jurídico (STUMM, 1995, 80). Decorre da natureza dos comandos dos princípios válidos a otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação. Otimizar implica relativizar as possibilidades jurídicas de um determinado princípio, tendo em vista o peso do princípio colidente em um caso concreto.

A decisão de um conflito exige a ponderação a partir do momento em que ele se verificar (ALEXY, 1993, p. 112). Segundo Robert Alexy (1993, p. 161), a lei da ponderação pode ser expressa da seguinte maneira: *“quanto maior é o grau da não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a satisfação do outro”*. Os princípios *prima facie* possuem sempre pesos relativos e pela necessidade de otimizar as possibilidades jurídicas, eles só podem ser restringidos à medida que não sejam afetados mais do que o necessário para a aplicação do outro (STUMM, 1995, p. 81). A lei da ponderação possui dois momentos: no primeiro, importa a satisfação do princípio oposto e, no segundo, há a formulação de um mandado, que se expressa através de regras (ALEXY, 1993, p. 162). A ponderação não é um procedimento abstrato ou geral (ALEXY, 1993, p. 166), ao contrário, é um trabalho de otimização que atende ao princípio da concordância prática (ALEXY, 1993, p. 167).

Logo, há critério e, por conseguinte, segurança jurídica, quando ocorre vinculação entre a lei da ponderação e a teoria da argumentação jurídica racional (STUMM, 1995, p. 81). A lei da ponderação diz o que deve ser fundamentado racionalmente, eliminando a irracionalidade da Constituição (ALEXY, 1993, p. 167).

A ponderação de resultados é um método de desenvolvimento do Direito, sendo que a elaboração do princípio da proporcionalidade surge justamente da racionalização de soluções concretas para o conflito de Direitos e bens, como se evidencia na prática jurisprudencial (STUMM, 1995, 77-8).

Se no mandado de ponderação, ou seja, no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ocorre um balanceamento de possibilidades jurídicas, no caso das duas outras máximas do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (necessidade e da

adequação), recorre-se às possibilidades fáticas. A ponderação pode ser fundamentada tanto em princípios de direito fundamental, como em princípios do Estado de Direito ou, ainda, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça (ALEXY, 1993, p. 115).

O princípio de conformidade ou adequação dos meios (*geeignetheit*) significa que o interesse público deva ser realizado através de medida adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar. O controle dos atos do poder público (poderes legislativo e executivo), que devem atender a relação de adequação medida-fim, pressupõe a investigação e prova de sua aptidão para e sua conformidade com os fins que motivaram a sua adoção (CANOTILHO, 1991, p. 387).

A ideia central do princípio da necessidade (*erforderlichkeit*) é de que a liberdade do indivíduo deve ser restringida o menos possível. Este é o entendimento, por exemplo, do Tribunal Constitucional Federal alemão, que formulou a máxima de que o fim não pode ser atingido de outra maneira que afete menos ao indivíduo, extraíndo-a do caráter de princípio das normas de direito fundamental (ALEXY, 1993, p. 114). A opção feita pelo legislador ou executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo: o atendimento à relação custo-benefício de toda decisão político-jurídica, a fim de preservar, o máximo possível, o Direito que possui o cidadão (STUMM, 1995, p. 79-80).

Apesar de não termos no Direito brasileiro regra expressa a respeito desse princípio, a doutrina pátria (BONAVIDES, 1993, p. 318-9) reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade. Referindo-se a este princípio respectivo, Lenio Luiz Streck (2012, p. 536), refere que “a proporcionalidade deve estar presente, em princípio (e veja-se a ambiguidade da expressão), em toda applicatio”. Prossegue o autor, referindo:

Ou seja, qualquer decisão deve obedecer a uma equanimidade; deve haver uma justa proporção entre as penas do direito penal; o prazo fixado para a prisão preventiva não pode ser desproporcional; uma lei não pode ser “de ocasião” ou de “conveniência”, etc. Isolado, o enunciado ‘proporcionalidade’ ou ‘princípio da proporcionalidade’ carece de significatividade. ... Não há um locus privilegiado para a aplicação da ‘devida/necessária proporcionalidade’. Necessariamente, ela estará relacionada à igualdade na proteção de direitos. Desproporcionalidades ocorrem por violação da isonomia ou da igualdade (STRECK, 2012, p.536).

Evidentemente, que a proporcionalidade também deve ser aplicada na questão indígena. No caso das propriedades de particulares – onde é pretendida a demarcação -, endossadas por títulos legítimos indicadores de domínio, anteriores à Constituição Federal, identifica-se claramente a aplicação deste princípio, na medida em que o ato da administração pública afronta outros direitos fundamentais previstos na Magna Carta. Muitas daquelas pessoas que adquiriram terras – cuja demarcação é pretendida -, sequer tinham conhecimento, no momento da aquisição, que as mesmas um dia foram ocupadas por índios. Simplesmente confiaram na cadeia registral. É evidente que deverá haver uma interpretação integrada – e não isolada! – das normas constitucionais. É mais uma vez, Lenio Luiz Streck (2012, p. 538), quem leciona neste sentido:

Não é difícil reconhecer nessa linha, a relevância na luta pela implementação dos textos constitucionais, nos diversos países que os reconhecem (Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, Brasil), de princípios como o da concordância prática ou da harmonização, da conformidade funcional ou justeza e da força normativa da Constituição (aos quais podem ser acrescentados os da efetividade da Constituição, da integração e da eficácia máxima das normas).

Desse modo, embora seja correto dizer que todos os princípios apontam para a maximização da Constituição (ou, se quiser, para sua máxima eficácia), assim como para a harmonização/integração das normas constitucionais (relembremos as inestimáveis contribuições das teses construídas por autores do porte de Konrad Hesse, Friedrich Müller, Gomes Canotilho, para citar apenas estes), não se pode deixar de assinalar que há, nesses princípios, uma 'óbvia pretensão de qualquer ordenamento jurídico' em tempos de constitucionalismo social e compromissório.

Se o fim pretendido pela Administração for dar terra aos índios à custa dos particulares não se estará atendendo ao princípio da adequação, pois, estabelecerá efeitos a partir de um novo entendimento para o futuro, violando assim as situações já consolidadas.

A colisão ou conflito estará presente sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta. O problema é como dar solução ao conflito entre bens, quando ambos se apresentam efetivamente protegidos como fundamentais. A solução dos conflitos e colisões não pode ser resolvida com o recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais. Não se pode sempre (ou talvez nunca) estabelecer uma hierarquia entre os bens para sacrificar os menos importantes (ANDRADE, 1987, p.221).

A solução para o conflito existente entre princípios deverá dar-se respeitando-se a proteção constitucional dos diferentes Direitos ou valores, procurando-se a solução no quadro da unidade da Constituição (ANDRADE, 1987, p.222), isto é, tentando-se harmonizar, da melhor maneira, os preceitos divergentes. Assim, o princípio da proporcionalidade revela-se como engrenagem essencial para garantir a preservação de direitos fundamentais, podendo-se, deste modo, incluí-lo na categoria das garantias fundamentais.

A questão do conflito de Direitos ou de valores depende, portanto, de um juízo de ponderação, no qual se procura, em face de situações, formas ou modos de exercício específicos dos Direitos, encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto de valores constitucionais. Segundo Flávia Piovesan (1996, p. 60),

Adotando-se a concepção de Ronald Dworkin, acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Estes princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. O sistema jurídico define-se, pois, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos que apresentam verdadeira função ordenadora, na medida em que salvaguardam valores fundamentais. A interpretação das normas constitucionais advém, desse modo, de critério valorativo extraído do próprio sistema constitucional. À luz dessa concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Por fim, conclui-se que melhor possibilidade, sem dúvida alguma, é a manutenção dos direitos adquiridos e o respeito ao direito de propriedade e dignidade da pessoa humana dos proprietários de terras – naquelas hipóteses de inexistência de aldeamentos por ocasião da Constituição Federal de 1988 -, tendo em vista os efeitos decorrentes da subtração de tais direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reflexão proposta no decorrer do texto convida o leitor para o debate sobre a melhor forma de efetivação do comando constitucional de tutela estatal sobre as áreas indígenas. Considerando a colisão entre direitos fundamentais dos índios e dos proprietários de terras, entendemos que esta problemática deva ser analisada a partir do princípio da proporcionalidade.

A proteção das áreas de ocupação por comunidade indígena não pode ser concretizada com total desprezo às garantias constitucionais do direito de propriedade e da segurança jurídica. Assim, entendemos que a tutela constitucional das áreas ocupadas por comunidades indígenas não alcança as terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto, conforme a inteligência do enunciado na súmula nº 650 do Supremo Tribunal Federal.

As relações jurídicas de direito público que envolvem a entidade estatal e os particulares é orientada pelo princípio da boa-fé, de forma a proporcionar segurança jurídica quanto aos propósitos das ações administrativas e evitar surpresas aos cidadãos. No tocante a este aspecto, o princípio da proporcionalidade, que além de otimizar as soluções jurídicas atua como ferramenta hermenêutica pragmática de ponderação de valores legítimos, racionalizando a realização do texto constitucional.

Valendo-se do princípio da proporcionalidade o intérprete alcançará a adequada compreensão da dimensão da proteção que a Constituição Federal atribuí às áreas ocupadas por comunidades jurídicas, em convívio com as garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

BACHOFF, Otto. *Jueces e Constitución*. Trad. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1987.

BARBIERI, Sâmia Roges Jordy. **Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COLAÇO, Thaís Luzia. **Incapacidade Indígena**. Curitiba: Juruá, 2000.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil – História, Direitos e Cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

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

- GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil – Passado, presente e futuro**. São Paulo: Contexto, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 19 ed, São Paulo: Atlas, 2006.
- PEÑALVA, Ernesto Pedraz. *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madrid: Akal/Iure, 1990.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paula: Max Limonad, 1996.
- RIBEIRO, Darcy. **Falando dos índios**. Brasília: Editora UNB, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 61, p. 60-125. “Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado”.
- _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Comentários Contextual à Constituição**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Os novos Direitos no Brasil: Natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.