

## **SOBRE O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE TERRA INDÍGENA**

*Luiz Armando Badin (\*)*

*Ao equacionar a questão indígena, cumprindo escrupulosamente o que determina a Constituição, acredito que o Brasil pode oferecer ao mundo uma fórmula política e jurídica profundamente original para a convivência pacífica e harmônica entre comunidades e etnias diferentes, dentro de um mesmo território. Nossa diversidade étnica e cultural é, sem dúvida nenhuma, um dos mais valiosos bens que integram o patrimônio nacional (...)*

*Veremos que o artigo 231 da Constituição é a grande bacia em que desaguardam várias tendências de nossa tradição jurídica. Para ela confluíram: 1) a teoria do indigenato, defendida por **João Mendes Jr.**, nas famosas conferências de 1902; 2) a noção de que a terra indígena é o habitat de um povo, segundo a fórmula de um julgamento do Supremo Tribunal Federal de 1961, em que o **Ministro Victor Nunes Leal** deu mostras de sua intuição jurídica verdadeiramente genial e da mais refinada sensibilidade ética; 3) a afirmação do direito à diferença, que remonta aos corajosos argumentos de **Francisco de Vitória**, que, já no século XVI, se notabilizara pela defesa dos índios contra o colonizador espanhol; 4) a indignação de **Clóvis Beviláqua**, que, em estudo do começo do século XX denunciava como a voracidade dos não-índios tinha reduzido e confinado a alguns rincões do país a população nativa brasileira; e 5) a influência determinante exercida pelos próprios índios, que, na Constituinte, souberam não se deixar aniquilar pelos interesses que sempre lhes foram nocivos e contrários.*

### **Introdução**

Gostaria, primeiramente, de louvar a disposição do Dr. Sérgio Servulo da Cunha, chefe de Gabinete do Ministro de Estado da Justiça, em organizar este Simpósio sobre Direito Indígena. Com essa iniciativa, permitiu que suspendêssemos

---

(\*) Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

nossas atividades profissionais, ainda que por dois breves dias<sup>1</sup>, para refletir, conjuntamente, sobre um tema que admite abordagens tão variadas.

O objeto da presente conferência é o conceito constitucional de terra indígena. Falamos, portanto, de uma área que ocupa de dez a doze por cento do território brasileiro.

É estimulante para o jurista abordar a questão, ao término desses dois dias de discussões interdisciplinares, em que estiveram presentes renomados especialistas na matéria.

A questão indígena sempre suscitou reflexões apaixonadas. Podem comprová-lo todos aqueles que já se dedicaram ao assunto, especialmente as autoridades que hoje compõem esta mesa de trabalho: o Ministro Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, a Dra. Ella Wolkmer Castilho, do Ministério Público Federal e o Dr. Mércio Pereira Gomes, Presidente da Fundação Nacional do Índio.

Trata-se, efetivamente, de assunto para uma vida. A abordagem jurídica do problema é apenas uma de suas dimensões. É bom esclarecer, desde o início, que o direito indígena não pode ser compreendido exclusivamente a partir dos conceitos que herdamos de nossa tradição romanística de direito, como os de posse e propriedade, por exemplo.

Quando se fala sobre terra indígena, é preciso considerar a importância transcendental da relação dos índios com o território em que vivem. Essa realidade é absorvida pela ordem jurídica. Não é à toa que a garantia da terra é o ponto mais importante do direito constitucional dos índios, na medida em que, para eles, a base territorial tem valor de sobrevivência física e cultural (art. 231, § 1º, da Constituição Federal).

Esse espírito telúrico aparece bem na famosa resposta – ecologista *avant la lettre* – do chefe Seattle à oferta do Presidente norte-americano para a compra de suas terras. O líder indígena recusou-a explicando que, para seu povo, “*somos parte da terra, e*

---

<sup>1</sup> Conferência apresentada no Simpósio de Direito Indígena organizado pela Escola Nacional de Administração Pública – ENAP e pelo Ministério da Justiça, em 22 e 23 de março de 2004.

*ela é parte de nós (...) A terra não pertence ao homem. O homem pertence à terra. Todas as coisas estão ligadas, como o sangue que nos une a todos*" (1865)<sup>2</sup>. Os índios Guarani, como aprendemos neste Simpósio, têm concepções muito parecidas.

Não se trata, portanto, de mera questão fundiária - muito embora a relação direta com a terra seja fundamental para o índio -, mas, sim, de necessidade cultural e ética, ou seja, profundamente marcada pelo sentido axiológico.

Por isso tudo a questão indígena é tão complicada e, ao mesmo, tempo desafiadora e apaixonante.

Ao equacioná-la, **cumprindo escrupulosamente o que determina a Constituição**, acredito que o Brasil pode oferecer ao mundo uma fórmula política e jurídica profundamente original para a convivência pacífica e harmônica entre comunidades e etnias diferentes, dentro de um mesmo território. Nossa diversidade étnica e cultural é, sem dúvida nenhuma, um dos mais valiosos bens que integram o patrimônio nacional.

O Estado brasileiro tem, assim, a obrigação constitucional de resgatar dívida histórica com os índios, preservando a riqueza de sua diversidade e garantindo os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

### **Conceito constitucional e regime jurídico**

Passo agora a examinar o núcleo do conceito constitucional de terra indígena. Antes de iniciar a análise da definição jurídica, no entanto, gostaria de fazer duas observações. A primeira delas, de ordem epistemológica, diz respeito ao caráter não-oficial das reflexões que pretendo expor neste Simpósio. Dessa forma, não me pronuncio como autoridade responsável pelo exame da legalidade dos atos demarcatórios encaminhados ao Ministro de Estado da Justiça, isto é, na condição de Consultor Jurídico da Pasta<sup>3</sup>, mas sim em caráter estritamente pessoal.

---

<sup>2</sup> De acordo com a compilação dos "Cem Discursos Históricos", organizada por Carlos Figueiredo e publicada pela Editora Leitura (4ª Edição, 2002, p. 275).

<sup>3</sup> O autor dirigiu a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça de 2003 a 2005.

A segunda observação é de ordem metodológica e diz respeito à delimitação do tema tratado. Preferi me concentrar propriamente na caracterização da terra indígena e não no seu regime jurídico constitucional. Propus-me responder à indagação sobre quais são os predicados necessários para qualificar uma terra como indígena, nos termos da Constituição.

Deixo de aprofundar, portanto, o exame de questões relativas ao regime jurídico, isto é, das conseqüências que advêm da definição de uma terra como indígena. Refiro-me aqui ao conjunto de regras protetivas e atributos especiais estabelecidos no corpo do artigo 231 da Constituição.

De qualquer modo, é bom lembrar que a terra indígena está sujeita a um regime especial: é inalienável, indisponível e os direitos sobre ela, imprescritíveis. Por tudo isso é que as rendas do patrimônio indígena são também impenhoráveis. Os índios não podem ser removidos, salvo em situações muito especiais, definidas na própria Constituição (epidemias, catástrofes, soberania nacional), e isso somente após deliberação do Congresso Nacional. A eles é assegurado o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos situados nessas áreas. A exploração das riquezas minerais do subsolo (pesquisa e lavra) e o aproveitamento dos recursos hídricos dependem também de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se, além disso, a participação das comunidades afetadas nos resultados da lavra. O garimpo não é admitido, salvo aquele realizado, de modo tradicional e em condições administrativas especiais, pelos próprios índios. Como decorrência dos direitos originários dos índios sobre suas terras, são ainda nulos todos os títulos que contra elas se possam opor, com indenização apenas das benfeitorias de boa-fé.

Como se vê, as conseqüências jurídicas da determinação de uma terra como indígena são bastante sérias. Por isso mesmo, parece-me que a questão mais importante é a anterior, a que se refere justamente ao exame dos requisitos que, preenchidos, permitem definir determinada porção de território como de ocupação tradicional dos índios.

Essa é também a questão mais difícil.

Difícil, porque exige uma mudança de perspectiva cultural: os direitos dos índios se definem segundo seus usos, costumes e tradições, e não de acordo com o direito civil. Difícil, porque o conceito constitucional de terra indígena faz referência a elementos científicos – históricos, antropológicos, sociais e biológicos - que os juristas, impregnados pelo sedimento cultural de décadas de positivismo empedernido, não estão habituados a considerar em suas análises.

Difícil, porque o conceito é abrangente e exige extremo rigor de quem tem de decidir, no caso concreto, sobre a demarcação de uma terra indígena, uma vez que essa declaração atinge situações sociais muitas vezes consolidadas ao longo de anos.

Difícil, finalmente, porque, apesar da importância da matéria, há relativamente poucos estudos jurídicos consistentes sobre o assunto. (É possível afirmar que há mais escritos sobre os instigantes temas do aluvião e da enfiteuse, no Direito Civil, do que sobre terras indígenas, embora estas ocupem parcela expressiva do território nacional.)

Não é novo esse sentimento de perplexidade do jurista diante da norma constitucional - e porque não dizer, diante da própria realidade desafiadora da questão indígena. Entre nós, souberam enfrentar convenientemente a questão aqueles que se despiram de preconceitos e, sobretudo, de interesses, e assumiram uma postura de compreensivo respeito à alteridade.

Pontes de Miranda deu um exemplo eloqüente desse desconforto e dessa perplexidade ao comentar o dispositivo referente aos índios da Constituição de 1967. Criticou duramente a falta de técnica legislativa na redação do artigo, que ora falava em posse permanente, ora em habitação, ora em localização.

O paradoxo está em que, se o direito indígena só se compreende a partir dos usos, costumes e tradições dos próprios índios, a norma constitucional que o protege emprega termos que são próprios da cultura jurídica dos não-índios: fala-se em posse permanente, bem da União, usufruto das riquezas naturais etc.

Na Constituição de 1967 não havia, portanto, imprecisão de técnica legislativa, como reclamava Pontes de Miranda. E o texto constitucional em vigor é reflexo de um compromisso político possível entre culturas diferentes.

De qualquer modo, cumpre-me traçar algumas balizas para a compreensão da norma constitucional, com vistas a sua concretização. E para isso, não podemos deixar de voltar os olhos para esse belíssimo capítulo da história do direito e da criação jurídica no Brasil.

Veremos que o artigo 231 da Constituição é a grande bacia em que desaguarão várias tendências de nossa tradição jurídica. Para ela confluíram: 1) a teoria do indigenato, defendida por **João Mendes Jr.** nas famosas conferências de 1902 (em que opôs, oportunamente, o “indigenato” ao “colonato”); 2) a noção de que a terra indígena é o *habitat de um povo*, segundo a fórmula de um julgamento do Supremo Tribunal Federal de 1961, em que o Ministro **Victor Nunes Leal** deu mostras de sua intuição jurídica verdadeiramente genial e da mais refinada sensibilidade ética (falarei desse acórdão paradigmático mais adiante); 3) a afirmação do direito à diferença, que remonta aos bravos argumentos de **Francisco de Vitória**, padre dominicano que foi um dos fundadores do direito internacional moderno e que, já no século XVI, se notabilizara pela defesa dos índios contra o invasor espanhol; 4) a indignação de Clóvis Bevilacqua, que, em estudo do começo do século XX, denunciava como a voracidade dos não-índios tinha reduzido e confinado a alguns rincões do país a população nativa brasileira; e 5) a influência determinante exercida pelos próprios índios, que, na Constituinte, souberam não se deixar aniquilar pelos interesses que sempre lhes foram nocivos e contrários.

Houve, portanto, uma progressiva sedimentação de idéias e de conceitos jurídicos que levaram à Constituição de 1988, antes mesmo da evolução do direito internacional. A Convenção n.º 169, da Organização Internacional do Trabalho, por exemplo, trouxe normas semelhantes, mas posteriormente à Constituição brasileira. Pode-se pensar, a propósito, naquele processo aluvial de formação do direito, de que nos falava Santiago Dantas.

Pelo menos nos textos jurídicos, isto é, nos enunciados das normas de direito nacional e internacional, percebe-se um nítido movimento de transição, em que a visão integracionista é progressivamente superada pela afirmação do direito à diferença cultural e étnica.

Não concordo, portanto, com a negativa da existência de um direito indígena. Talvez ele apenas não seja estudado nas Faculdades de Direito, hoje, com a devida e necessária profundidade, salvo por honrosas exceções, como os Professores Dalmo Dallari e José Afonso da Silva, que dedicaram importantes reflexões ao estudo do tema.

O artigo 231 da Constituição é, em resumo, construção jurídica das mais originais e escapa às definições tradicionais do direito civil. Essa é a chave para sua compreensão.

### **Propriedade coletiva reservada da União**

As terras indígenas são bens de titularidade da União, que tem o dever constitucional de demarcá-las administrativamente. Trata-se de uma propriedade vinculada (ou reservada) à plena garantia dos direitos das comunidades indígenas. É o que está claramente prescrito no *caput* do artigo 231 e no inciso XI do artigo 20.

### **Requisitos constitucionais**

#### **Definição de terra tradicionalmente ocupada pelos índios**

Segundo a norma do § 1º do artigo 231 da Constituição Federal, quatro fatores devem ser considerados para que uma terra seja reconhecida como tradicionalmente ocupada pelos índios:

a) fator temporal (permanência da ocupação) - via de regra, as terras onde se localizam suas aldeias ou malocas devem ser *habitadas em caráter permanente*;

b) fator econômico - as terras devem ser utilizadas *para suas atividades produtivas*; são os locais necessários à subsistência e produção econômica (como campos de caça, pesca, coleta e cultivo, por exemplo);

c) fator ecológico - as terras devem ser imprescindíveis à *preservação dos recursos naturais necessários a seu bem-estar*;

d) fator cultural e demográfico - as terras devem ser necessárias a *sua reprodução física e cultural* (manifestações culturais da comunidade, cemitérios, locais religiosos e destinados a práticas rituais), bem como a outras atividades próprias a sua organização social e econômica.

### **Critério da tradicionalidade**

Todas essas condições se definem segundo os *usos, costumes e tradições* dos próprios índios, isto é, conforme a cultura deles, e não de acordo com os critérios dos não-índios. E aqui não me refiro a um tradicionalismo radical, mas aceitando o dinamismo das transformações culturais próprias de qualquer sociedade.

Durante algum tempo, a tendência do Supremo Tribunal Federal foi a de considerar tais requisitos necessários e cumulativos, mas, apesar de votos dos Ministros Mauricio Corrêa e Nelson Jobim, que apontam nesse sentido, não se trata de matéria plenamente sedimentada (v. ADIn n.º 1512-5 - RR - Caso Raposa Serra do Sol).

Há, assim, entendimento jurisprudencial do próprio Supremo tendente a aceitar a idéia mais flexível (e generosa) de que a Constituição protege, em termos gerais, **o habitat de um povo**, conforme entendimento que remonta ao Ministro Victor Nunes Leal.

Por isso, os defensores da causa indígena devem acompanhar de perto a discussão que está sendo travada no Supremo Tribunal Federal, para que a Constituição de 1988 não venha a ser interpretada de maneira restritiva, isto é, contrária a seu sentido original. É preciso afirmá-la como um nítido ponto de inflexão em nossa história constitucional.



### **Posse permanente**

A relação dos índios com suas terras não se rege pelo direito privado. Não se trata de simples poder de fato exercido sobre o imóvel, regulado nos termos do Código Civil, mas, sobretudo, do *habitat* de um povo, isto é, daquele conjunto de fatores sociais, políticos e ambientais que são necessários ao desenvolvimento equilibrado e harmônico de uma sociedade humana.

A Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho precisa que o termo “terras” deve incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do *habitat* das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma forma.

Segundo José Afonso da Silva, com quem concordo, a declaração constitucional de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente (art. 231, § 2º) é uma garantia de que, no futuro, elas lhes deverão servir sempre de *habitat*<sup>4</sup>.

Essa é, sem dúvida, uma garantia para o futuro, não um pressuposto passado. Não se coloca a distinção, que fazia Pontes de Miranda, entre posse permanente e posse transitória, uma em oposição à outra.

### **Ocupação tradicional. Posse imemorial. Posse atual**

A Constituição não fala nem em posse atual nem em posse imemorial. O termo utilizado é **ocupação tradicional**. Não foi fortuitamente que o Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, recuperou a idéia de posse atual justamente em um caso em que se discutia a posse imemorial dos índios sobre aldeamento há muito extinto.

Há Súmula do Supremo Tribunal Federal que exige que a posse da terra seja atual, excluindo os aldeamentos extintos e

---

<sup>4</sup> Sobre a idéia de *habitat*, ver também o artigo 2º, V, do Estatuto do Índio.

aqueles que em tempos muitos remotos foram ocupados por indígenas.

O conceito de ocupação tradicional é mais sutil. Não está ligado necessariamente nem à posse física e atual da terra, nem remonta a tempos imemoriais.

Não se pode excluir totalmente a dimensão temporal do artigo 231 da Constituição. O “tradicionalmente” é advérbio de modo e de tempo. Mais de modo do que de tempo, é bem verdade, mas não desprovido daquela dimensão temporal que é própria da idéia de tradição: o legado cultural que se transmite entre gerações. Ou seja, trata-se da terra como parte da herança cultural de um povo, transmitida dos pais para os filhos. Isso é menos que um poder de fato no sentido do Código Civil.

Exemplo de ocupação tradicional desprovida de posse atual é o dos índios removidos à força de suas terras. Podem não exercer a posse física imediata, mas ocupavam tradicionalmente determinados territórios. É o caso, por exemplo, dos índios Panará, dos Pataxós Hã Hã Hãe e dos Krenaks do Vale do Rio Doce, em Minas Gerais.

E, com efeito, o Estatuto do Índio se refere às terras que tenham sido desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade ou particular (art. 61, § 1º). A exigência de atualidade da posse deve ser, portanto, relativizada em alguns casos excepcionais.

É também indispensável um vínculo com a terra<sup>5</sup>, embora não necessariamente um vínculo físico imediato – cuja exigência estrita amesquinhasse nossa Constituição. A ligação tradicional com a terra, contudo, deve ser comprovada em bases científicas rigorosas.

A idéia de “localização permanente” encontra-se superada pela atual Carta Política. A utilização do termo, embora tenha sido uma constante nas Cartas Políticas de 34, 37 e 46, foi deixada de lado pelas seguintes.

---

<sup>5</sup> O Estatuto do Índio exige a ocupação efetiva da terra onde habita (art. 23). O dispositivo deve ser confrontado com o conceito constitucional.

O conceito constitucional é amplo. A ocupação tradicional não se circunscreve à aldeia, à maloca, mas à área imprescindível para a conservação e reprodução da identidade étnica e cultural de um povo.

**Importância da pesquisa histórica e antropológica diante do texto aberto da Constituição. O dever de rigor científico, em contrapartida.**

Obviamente, não se pode chegar ao exagero de afirmar que os próprios índios devem definir, de modo unilateral, quais as terras que tradicionalmente ocupam. Por isso é que para tal definição não se pode prescindir do conhecimento científico, tampouco da oitiva das partes interessadas, especialmente dos próprios índios.

Obviamente, não se pode chegar ao exagero de afirmar que os próprios índios devem definir, de modo unilateral, quais as terras que tradicionalmente ocupam. Por isso é que para tal definição não se pode prescindir do conhecimento científico, tampouco da oitiva das partes interessadas, especialmente dos próprios índios.

Além disso, o reconhecimento oficial das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios deve obedecer ao devido processo administrativo de demarcação, para que se torne válido e regular. Após o processo, tem-se um ato declaratório, e não constitutivo, dos direitos originários dos índios, segundo a teoria do indigenato.

É como positivação desse necessário dever de rigor científico na elaboração dos laudos de identificação e delimitação de terras indígenas que deve ser entendida a Portaria n.º 14/96 do Ministério da Justiça.

**Alguns princípios de Hermenêutica Constitucional aplicados ao Direito Indígena**

A partir do que foi exposto, é possível enunciar, em resumo, alguns princípios para orientar a interpretação e a aplicação do direito constitucional dos índios. Decorrem desta reflexão:

1. A inaplicabilidade do direito civil tradicional em matéria de propriedade e posse indígena.

2. A necessidade de rigorosa fundamentação com base em conhecimento científico, histórico e antropológico, para evitar abusos.

3. A relevância da interpretação histórica, na medida em que se deve considerar que a proteção aos índios resgata dívida social antiga da sociedade brasileira. A decisão judicial não pode ignorar o histórico de injustiças perpetradas contra os povos indígenas.

4. A consciência de que a interpretação da regra constitucional deve ter em perspectiva o **direito à diferença**<sup>6</sup>, isto é, a possibilidade de afirmação de uma identidade étnica e cultural, que é um dos atributos da dignidade da pessoa humana, pedra angular do sistema de proteção dos direitos fundamentais.

É preciso dar concreção à norma constitucional a partir dessa *inversão de perspectiva cultural*, observando os usos, costumes e tradições dos próprios índios.

Defender a igualdade essencial de índios e não-índios começa por tratar os primeiros simplesmente como iguais, sem a exaltação romântica ou a idealização a que são inclinadas

---

<sup>6</sup> A Constituição alemã de 1919 – a famosa Constituição de Weimar – fixou a necessária distinção entre *diferenças* e *desigualdades*. Como explica o Professor Fábio Konder Comparato, “as diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente proscritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural” (p. 200 de *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, Saraiva, 2004).

“Para o sistema de direitos humanos, a distinção entre desigualdades e diferenças é de capital importância. As primeiras referem-se a situações em que indivíduos ou grupos humanos acham-se juridicamente, uns em relação aos outros, em posição de superioridade-inferioridade: o que implica a negociação da igualdade fundamental de valor ético entre todos os membros da comunhão humana. Por isso mesmo, a desigualdade constitui sempre a negação da dignidade de uns em relação a outros. As diferenças, ao contrário, são manifestações da rica complexidade do ser humano. Em todo o curso da História, e em todos os lugares, porém, os indivíduos ou grupos diferentes sempre foram vistos com suspeita, ou tratados com desprezo; ou seja, na raiz de toda desigualdade encontramos uma diferença, quer biológica, quer cultural, quer meramente patrimonial (...) Por isso, enquanto as desigualdades devem ser perpetuamente combatidas, as diferenças, quando não contrárias à dignidade humana, hão de ser estimuladas e apoiadas” (p.289).

algumas sensibilidades<sup>7</sup>. É, no fundo, assegurar o direito de **preservar um modo de vida particular**.

5. A norma constitucional só adquire pleno sentido à luz dos casos concretos. É só diante da realidade que se podem extrair todas as conseqüências da definição constitucional de terra indígena. Daí a importância dos precedentes jurisprudenciais sobre a questão.

Em alguns raros momentos, o Direito deixa entrever sua beleza e transcende o papel de mero instrumento de dominação social. Um dos pontos culminantes de nossa jurisprudência constitucional em matéria indígena, é, seguramente, o voto do saudoso Ministro Victor Nunes Leal no caso dos índios Caidinéos.

Em 1961, discutia-se no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade de uma lei do Estado do Mato Grosso que reduzia área tradicionalmente ocupada por aqueles índios.

O primeiro voto, do relator do processo, acolhia o argumento de que os índios tinham deixado, ao longo do tempo, de ocupar certas áreas, que se tornaram ociosas.

Vejam a sensibilidade do Ministro Victor Nunes Leal para o problema. Vale a pena rememorar essa decisão luminosa, verdadeiro farol para orientar a aplicação do direito constitucional dos índios:

“Aqui não se trata do direito de propriedade comum; o que se reservou foi o território dos índios. Essa área foi transformada num parque indígena, sob a guarda e administração do Serviço de Proteção aos Índios, pois estes não têm disponibilidade de terras.

O objetivo da Constituição Federal é que ali permanecem os traços culturais dos antigos habitantes, não só para a sobrevivência dessa tribo, como para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual.

---

<sup>7</sup> Um dos primeiros Consultores Jurídicos do Ministério da Justiça foi ninguém menos do que José de Alencar, autor de *O Guarani* e *Iracema*, mas também de escritos - não tão interessantes - sobre direito eleitoral. Em uma publicação tradicional como os Arquivos do Ministério da Justiça, vale recuperar o registro histórico.

***Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo.***

***Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduzirá em outros dez, depois mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o território da aldeia, porque ali é que a “posse” estaria materializada nas malocas.***

Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo.

Entendo, portanto, que, embora a demarcação desse território resultasse, originariamente, de uma lei do Estado, a Constituição Federal dispôs sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer possibilidade de reduzir ***a área que, na época da Constituição, era ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico.***

Peço vênha ao eminente Ministro Relator para acolher a arguição de inconstitucionalidade da Lei estadual nº 1.077, de 1953, confirmando o acórdão do Tribunal local, que assim dispôs”.

Com essa tese, o Supremo Tribunal Federal, por 8 votos a 2, afastou a possibilidade de redução da terra indígena para a área que os índios “efetivamente vinham ocupando” (do ponto de vista dos não-índios, bem entendido), bem como a necessidade de prova da antigüidade e da constância dessa posse para embasar o direito dos índios.

Portanto, é nesse sentido que deve ser interpretada também a atual Constituição. Essa é a chave para a melhor interpretação do conceito constitucional de terra indígena.

Faço absoluta questão de ressaltar o fato de que essa não é uma visão idílica ou desenganadamente utópica. É apenas expressão de refinado senso de equilíbrio, de proporção, de alteridade. Ou seja, de uma visão não só simplesmente justa da questão da terra dos índios, mas também moderna e original.

Quase trinta anos depois, a sociedade brasileira consagrou, no processo constituinte, a idéia generosa de que a terra indígena é o *habitat* dos povos que nela se fixaram. Esse parece ser o princípio cardinal a orientar a perfeita compreensão das normas sobre os índios, na Constituição Federal.