

---

# Constitucionalismo e processualismo: a questão das terras indígenas

Renato Chinali Canarim\*

Nazil Canarim Junior\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo e o processualismo são movimentos que se inter-relacionam no decorrer da história, orientando a estruturação dos sistemas jurídicos ocidentais, com especial ênfase a partir da Idade Contemporânea, em que nos encontramos, iniciada com as revoluções liberais da França e dos Estados Unidos da América.

Com a evolução desses movimentos, forja-se a estrutura jurídico-política das sociedades, interferindo, como natural consequência, nos métodos de resolução de conflitos, pela contraposição de interesses protegidos juridicamente, além do relevante papel de sistematização e compreensão dos institutos.

Tal relação pode ser nitidamente observada em vários pontos do ordenamento jurídico, por diversos exemplos. Dentre eles, a temática

\*Mestrando em Direito do Centro Universitário de Bauru (CEUB). Advogado.

\*\*Doutor em Educação pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar). Mestre em Educação pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Especialista em Direito. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Advogado.

da titularidade e da proteção possessória relativamente às terras indígenas, questão historicamente relegada ao obívio ou a simples e genéricas previsões, até mesmo confusas e provocadoras de dúvidas, mas que urge serem bem estudadas.

Dessa forma, a presente análise será centrada inicialmente no tocante à conceituação dos povos silvícolas, partindo-se para o tratamento constitucional e legal relativamente às terras por eles ocupadas.

Partir-se-á, então, para breve abordagem a respeito dos movimentos (i) constitucionalista, com sua abrangência na ordem constitucional brasileira instaurada pela Constituição Federal de 1988; e (ii) processualista, em seu evoluir histórico.

Ao fim, realizar-se-á análise quanto ao enunciado sumular 650, de 24 de setembro de 2003, da lavra do Supremo Tribunal Federal, demonstrando o sopesamento existente em sua decisão, revelando nitidamente o diálogo entre constitucionalismo e processualismo.

## 2 ÍNDIOS

O povo indígena representa o conjunto de indivíduos que habitavam as terras brasileiras antes mesmo que existisse um Brasil, vez que o território somente se tornou assim reconhecido após as Grandes Navegações, que espalharam os ventos europeus por todo o orbe terrestre ainda tido por desconhecido, colonizando-o nos padrões autoproclamados civilizatórios.

A fim de melhor perscrutar a conceituação do que venha a significar “índio”, para o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro, é possível encontrar tal definição em dois diplomas normativos, quais sejam (a) o Estatuto do Índio – Lei 6.001/1973 e (b) a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada de forma integral pelo Decreto 5.051/2004.

Nesse sentido, consoante o inciso I, do artigo 3º, da Lei 6.001/1973 (a), é possível definir índio (ou silvícola) como “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana”, que identifique a si próprio, e seja identificado pelos membros da sociedade através de características culturais que efetivamente os distinguem dos demais.

Em seu artigo inaugural, o Decreto 5.051/2004, enquanto veículo de promulgação da Convenção 169 da OIT (b), assim prevê:

1. A presente convenção aplica-se:
  - a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
  - b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.
2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Pela conjugação dos dois diplomas, percebe-se a possibilidade de se afirmar um critério dúplice para que se tenha a configuração do “índio”, englobando, dessa forma, tanto a existência de atributos únicos desse povo, no tocante à organização socioeconômica e cultural, bem como a existência de consciência, por parte desses indivíduos, da sua identidade enquanto integrantes de uma comunidade indígena.

Ademais, conforme José Afonso da Silva, é de destacada importância esse sentimento de autoidentificação cultural. Veja-se o seu escólio:

O sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é *índio* quem se sente índio. Essa autoidentificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado pré-colombiano que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para a identificação do índio brasileiro (SILVA, 2012, p. 887).

Destarte, esse elemento contribui, quando coletivamente exercido, para a caracterização da comunidade indígena, enquanto grupo etnicamente diferenciado do próprio contexto da sociedade em que estão inseridos, pois ela assim se mantém ainda que em contato com outros agrupamentos culturais.

## 2.1 OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS INDÍGENAS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Walter Claudius Rothenburg, em feliz expressão, afirma que “*os constituintes da Constituição jurídica de 1988 reconheceram os constituintes da pátria*”. O que implica, necessariamente, no dever de se facultar aos índios, necessariamente, a participação na sociedade, como manifestação de verdadeira “*exigência democrática*”, em especial relativamente às questões que lhes interessem mais de perto (ROTHENBURG, 2007, p. 282).

Dito de outra forma, a sua participação no contexto da sociedade brasileira deve ser permanente, perene, não sendo admissível que sejam desconsiderados pelo atual ordenamento jurídico.

A proteção constitucional desse povo encontra-se no Capítulo VIII, do Título VIII – Da Ordem Social, abrangendo apenas os artigos 231 e 232. No primeiro, consta expressamente que se reconhecem os direitos indígenas, abrangendo “*sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições*”, além dos “*direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*”.

Já no artigo 232, está a expressa previsão da legitimidade ativa aos índios, individual ou coletivamente, ou mesmo por meio das organizações protetivas, para que possam defender judicialmente seus direitos e interesses, assegurando-se a intervenção do Ministério Público nos atos processuais.

Essa participação democrática do silvícola pode ser igualmente extraída do próprio âmbito normativo infraconstitucional, ainda que, para tanto, seja necessária certa dose de “*boa vontade*”, consoante Rothenburg (2007, p. 283).

Como uma dessas previsões normativas, pode-se citar a contida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9.394/1996, quando dispõe a necessidade de inclusão das comunidades, escolar e local, na participação dos conselhos escolares, para fins de garantia da gestão democrática.

A interpretação dessa disposição legislativa acima citada conduzirá o intérprete para o raciocínio de que é um dever a inclusão da comunidade indígena nas questões afetas à sua educação.

No seio dos atos normativos infralegais também é encontrado exemplo de garantia de participação indígena, tal qual consta na Instrução Normativa do Instituto Nacional do Seguro Social nº 61, de 2012, ao prever a possibilidade de enquadramento, como segurado especial, do índio assim reconhecido pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI, independentemente da sua classificação perante o Estatuto indígena.

Imprescindível reconhecer que, na eventualidade de conflito entre a proteção conferida aos indígenas e outros interesses e direitos constitucionalmente garantidos, urge primar pelo respeito à peculiaridade da cultura silvícola, mediante adequada ponderação de interesses.

## **2.2 A HISTÓRIA CONSTITUCIONAL E O DIREITO ÀS TERRAS PARA OS ÍNDIOS**

Na linha do quanto afirmado anteriormente, é de especial relevância a questão das terras indígenas, notadamente para Constituição da República de 1988. Contudo, antes do efetivo ingresso no tratamento dado pela Constituição Cidadã, importa realizar um retrospecto, visando vislumbrar o caminho traçado por tal instituto na história constitucional brasileira.

Previamente, cumpre destacar que, evidentemente, todo o território brasileiro estava sob a posse dos seus habitantes nativos, os índios, espalhados em suas diversas tribos. Entretanto, a Coroa Portuguesa outorgou a si própria a titularidade de todas essas terras, ao realizar a colonização do Brasil. Todo esse domínio foi, quando da independência, transferido para a própria Coroa Brasileira, sem solução de continuidade.

Na Lei nº 610 de 1850, chamada de Lei de Terras, houve o estabelecimento das terras devolutas do Império Brasileiro, englobando, assim, aquelas ocupadas pelos índios.

Isso porque, em seu artigo 3º, previa tal diploma que seriam consideradas devolutas as que não se achassem sob uso público, aquelas que não tivessem sob domínio particular legítimo, as que não fossem dadas por sesmarias ou outras concessões do Governo, e as terras não ocupadas por posses legitimadas por essa Lei de Terras.

Posteriormente, na Constituição de 1891, essas mesmas terras foram atribuídas aos Estados, consoante o seu artigo 64.<sup>1</sup> Contudo, até a Constituição de 1934, não havia qualquer proteção constitucional, de forma a se assegurar a posse aos silvícolas daqueles territórios que eles já ocupassem.

### **2.2.1 Constituição de 1934**

Dentre 1930 e 1934, com a ditadura de Vargas, vigorou no Brasil o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que ao instituir o Governo Provisório, estabeleceu também a suspensão da Constituição de 1891 e dispôs que os Poderes Legislativo e Executivo seriam exercidos até que a Assembleia Constituinte fosse convocada.

---

<sup>1</sup> Art. 64 - Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Inspirada nas Revoluções de 1930 e 1932, foi a Carta Política de 1934 elaborada, tendo por meta buscar a racionalização do poder, estando, assim, conforme o pensamento jurídico da época, nascido após a Primeira Guerra.

Conforme Cunha Junior (2010, p. 40), “a Constituição de 1934 fundou, no Brasil, o moderno Estado Intervencionista”, estando sob “significativa influência da Constituição de Weimar”.

Poletti (2003, p. 49) considera ainda que tal documento foi “um progresso na direção do realismo constitucional, no cotejo com o idealismo de 1891”, ainda que “tenha se perdido em normas programáticas, as quais, embora de valor ideológico, resultaram em ineficácia. Foram sonhos irrealizados”.

É efetivamente digna de destaque a Carta Magna de 1934, pois pretendeu implantar no ordenamento jurídico brasileiro os direitos sociais, econômicos e culturais, ainda que mal tenha ficado em vigor.

Com esse texto constitucional, inaugura-se a previsão de se conferir alguma relevância à temática indígena. Em seu Título IV – Da Ordem Econômica e Social, encontra-se a seguinte (e única) disposição a respeito dos direitos dos índios e suas terras:

Art. 129 – Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Inferre-se que essa simples disposição apenas assegura o respeito à posse das terras aos indígenas (uma vez que a propriedade, como visto, era dos Estados), e, como mecanismo de proteção torna-se proibida sua alienação. Condiciona-se, ademais, essa proteção da posse quanto às em que eles se encontrem ininterruptamente localizados.

### **2.2.2 Constituição de 1937**

Em 10 de novembro de 1937, o golpe ditatorial, juntamente com sua Constituição de mesma data, eliminou completamente a democracia no Brasil.

Ribeiro e Júlio afirmam que, “com a publicação da Carta Constitucional de 1937 (e a forma do controle de Constitucionalidade previsto na mesma), impediu-se a efetivação do viés social inspirado na Constituição de Weimar” (2010, p. 450).

Na mesma linha da anterior Carta Política, trouxe apenas uma disposição a respeito dos indígenas, sob o título Da Ordem Econômica, qual seja o seguinte:

Art. 154 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Ante a quase completa identidade dos textos, com simples e mínima mudança na redação, reiteramos os comentários adrede feitos, com destaque, uma vez mais, para a pouca preocupação com a questão das terras dos índios.

### 2.2.3 Constituição de 1946

Conforme afirmam Ribeiro e Júlio (2010, p. 450), ao comentarem sobre o momento da sua promulgação:

A Constituição de 1946, ainda que promulgada no período do pós-Segunda Guerra Mundial, principal motivador de fortalecimento do Constitucionalismo e dos Direitos Fundamentais, seguiu esse movimento inovador com timidez, tomando a estrutura da Constituição de 1891 e introduzindo os direitos econômicos, sociais e culturais dispostos na Constituição de 1934.

[...]

Mesmo que a Constituinte, naquele tempo, não tenha aproveitado o debate sobre Constitucionalismo que ocorria na Europa, com clara inspiração na proteção da pessoa humana, os avanços da Constituição de 1946 foram significativos.

Esses avanços são perceptíveis, ao observar-se que ela foi promulgada após o fim de um regime totalitário vivido no país, com o mundo ainda a se recuperar das feridas de mais um pós-guerra.

É formada, assim, por 218 artigos e mais 36 em seu “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, sendo mais analítica que a de 1934. Seu texto foi emendado 21 vezes pelo Congresso Nacional, sendo que as 15 últimas emendas foram elaboradas e aprovadas após o golpe militar de 31 de março de 1964.

Sob o genérico Título IX – Das Disposições Gerais, foi inclusa a seguinte disposição:

Art. 216 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

O antepenúltimo artigo constitucional foi o escolhido a repetir, com poucas alterações de redação, a previsão normativa anteriormente conferida como disciplina das terras indígenas. Houve apenas alteração de redação da vedação de alienação para proibição de a transferirem.

#### 2.2.4 Constituição de 1967

Com a pretensão de consolidar os “ideais e princípios” do golpe militar, a Constituição de 1967 foi aprovada pelo Congresso Nacional em sessão extraordinária de quarenta e dois dias (12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967), baseada em proposta enviada pelo Presidente da República.

Bonavides e Andrade, citados por Coelho (2006, p.89), apontam que, naquele período, não houve uma tarefa constituinte propriamente dita, mas sim uma farsa constituinte. Isso porque o projeto enviado continha dispositivos impossíveis de serem emendados.

Inovando, prevê tal texto que as terras ocupadas pelos índios são agora propriedade da União, e não mais dos Estados, submetidos à sua competência regulamentadora. Veja-se a singela, porém relevante disposição:

Art. 4º – Incluem-se entre os bens da União:

[...]

IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

Aliás, conforme afirma o Ministro Nelson Jobim, em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 219.983-3/SP, foi tão somente em 1967 que o regime militar estabeleceu que as terras ocupadas pelos silvícolas seriam de propriedade da União. Até esse momento, a regulamentação dessas terras ocupadas pelos indígenas “era obra dos Estados, e isso era atribuição do Ministério da Agricultura, que negociava com os Estados a forma de legitimar a posse”.

No Título V – Das Disposições Gerais e Transitórias encontra-se a repetição do tratamento das terras indígenas:

Art. 186 – É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Reconhece-se, assim, a inextinguível posse, aos índios, das terras em que vivem, não se questionando a respeito de eventual alienação, vez que, reitera-se, essa posse é dada em caráter de permanência.

Somada à posse, há a previsão de possibilidade de uso e de fruição privativa pelos indígenas, de forma a excluir terceiros não integrantes da comunidade silvícola. Dessa forma, podem os seus habitantes se dedicar às tradicionais atividades extrativistas, sem interferência exterior.

#### **2.2.4.1 Emenda Constitucional número 1/1969**

Importante observar que a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, outorgada pela Junta Militar, de tão extensa e abrangente que foi, levou diversos observadores a denominá-la “Constituição de 1969”.

Essa designação não se revela correta, pois a própria Emenda Constitucional nº 1 diz textualmente:

Considerando que a Constituição de 24 de janeiro de 1967, na sua maior parte, deve ser mantida, pelo que, salvo emendas de redação, continuam inalterados os seguintes dispositivos [...].

Apenas para ressaltar, destaque-se que a emenda posterior, de maio de 1972, é chamada oficialmente de “Emenda Constitucional nº 2” (à Constituição de 1967), não sendo possível vislumbrar nenhum rompimento no ordenamento jurídico.

Feita essa breve digressão, destaque-se que essa Emenda alterou o tratamento às terras indígenas. Veja-se:

Art. 198 – As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos em que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas e de todas as utilidades nelas existentes.

Duas alterações exsurtem dessa nova redação, sendo (i) o condicionamento da inalienabilidade das terras, conforme ao regulamento de lei infraconstitucional, retirando-se, assim, seu caráter absoluto; e (ii) a troca da expressão “recursos naturais” para “riquezas”.

#### **2.2.5 Constituição de 1988**

Elaborada e promulgada pelo Congresso Nacional, eleito com poder constituinte originário, é a “Constituição da República Federativa do Brasil”, de 5 de outubro de 1988, a sétima constituição pátria.

A mais analítica de todas as constituições, ela possui 250 artigos em seu corpo principal, além de outros 95 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Quanto à propriedade das terras indígenas, mantém-se a anterior previsão, agora no artigo 20, inciso XI, no sentido de serem propriedade da União “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

Interessante notar que, ao se recorrer uma vez mais ao quanto exposto pelo Ministro Nelson Jobim, em seu voto proferido no RE 219.983/SP, ele afirma que,

durante o transcurso da Assembleia Constituinte, foi rejeitada a utilização, pelo novo texto constitucional, da expressão “posse imemorial”, para definir a posse indígena.

Tal se deu pelo alcance antropológico da expressão “posse imemorial”, carente de conteúdo jurídico, não se coadunando, portanto, com a qualidade de nomenclatura que urge seja utilizada no documento político-jurídico que é a Constituição.

Assim, retomando o quanto já afirmado, a previsão da proteção das terras indígenas vem especificamente no artigo 231, cuja íntegra merece ser transcrita. Confira-se:

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

§ 1º 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.

§ 2º 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.

§ 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 a indenização ou a ações contra a 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.

Dessa forma, a conceituação de terra indígena passa a comportar quatro requisitos, ou melhor, quatro elementos que a definam. São eles: a) o dado fático da posse tradicional, mais à frente examinado; b) a utilização para as atividades produtivas; c) a imprescindibilidade para proteção dos recursos ambientais

necessários ao bem estar indígena; e d) a necessidade da área para possibilitar sua reprodução físico-cultural, em consonância com suas tradições.

Ademais, é resguardada a inalienabilidade e a indisponibilidade das terras indígenas, atribuindo-se a prerrogativa da imprescritibilidade dos direitos sobre elas. Há, também, a imposição de uma série de restrições e requisitos para que seja possível o aproveitamento dos recursos naturais contidos nessas terras, sejam hídricos, energéticos ou minerais.

Enquanto verdadeiro exercício da ponderação de interesses, o parágrafo 5º prevê que, como regra, não poderão ser removidos os agrupamentos indígenas de suas terras, exceto em situações graves, quais sejam (i) as que ponham em risco a própria população (catástrofes ou epidemias), garantido o retorno imediato com a cessação da periculosidade, ou (ii) no interesse da soberania nacional. No primeiro caso, a determinação estará sujeita a posterior ratificação do Congresso Nacional, enquanto que, no segundo, tão somente mediante prévia deliberação legislativa.

A questão das terras indígenas, bem como dos conflitos que gera, conforme se verá mais à frente, é uma daquelas que envolve diretamente o diálogo entre constitucionalismo e processualismo, em que se faz necessária a ponderação de interesses. Para tanto, realizar-se-á análise desses dois grandes movimentos jurídicos: constitucionalismo e processualismo.

### 3. CONSTITUCIONALISMO

O Constitucionalismo significa, na sua vertente moderna, um movimento político e ideológico de luta contra o Absolutismo. Dessa forma, ele implica na verdadeira substituição da vontade subjetiva do rei, que continha o iminente risco da arbitrariedade na decisão política, por uma chamada “vontade objetiva”, concebida previamente no comando oficial e escrito da legislação.

Indubitavelmente, trata-se de movimento de natureza ocidental, datado do século XVIII, surgido com base na Revolução Francesa e na Independência dos Estados Unidos, que culminaram na edição de dois documentos de extrema relevância: a Constituição Estadunidense de 1787 e a Constituição Francesa de 1791. É apenas posteriormente que o Constitucionalismo moderno vai se espalhar para o resto dos países ocidentais, iniciando pela própria Europa.

A delimitação dos eventos que o originaram não quer dizer que esse próprio movimento – aliás, como todos os grandes progressos da história – não tenha sido preparado paulatinamente.

Pelo contrário, mediante inúmeros documentos, tais como a Magna Carta e o *Bill of Rights* ingleses, que iniciaram a corrente de movimentos para limitação do autoritarismo monárquico, é que foram propiciadas condições para o seu surgimento.

Assim, conforme leciona Auad (2011, p. 41), é um dos “principais objetivos do Constitucionalismo” o de proporcionar segurança jurídica, notadamente a uma sociedade emergente, no afã de se “libertar dos grilhões estamentais” tão marcantes nas monarquias absolutistas.

Dando ênfase nesse objetivo, o Constitucionalismo, inicialmente “pela ótica formal do Direito, elevou a condição de submissão do povo para uma posição de cidadania” (AUAD, 2011, p. 41).

Faz-se possível apontar algumas das características básicas que servem para identificar o moderno Constitucionalismo, sendo elas (i) a da Constituição escrita, (ii) prevendo a garantia da separação dos poderes, bem como (iii) atribuindo, ou melhor, reconhecendo a existências de direitos individuais, titularizados pelo indivíduo em face do Estado.

Nessa esteira, vem o escólio de Auad (2011, p. 41):

A conquista de uma lei escrita, dotada de supremacia no ordenamento jurídico, com a função de organizar superiormente o poder político, representou um avanço em relação à forma de governo monárquico, especialmente por estabelecer as “regras do jogo” político, inclusive ao governante, de maneira prévia à concretização institucional do poder. Firma-se, portanto, uma referência deontológica ao poder político tendente a perdurar por várias gerações, lastro de um princípio de segurança jurídica concernente à organização do Estado e das competências de seus poderes orgânicos.

A Constituição é “o marco de um pacto social”, com efeito, contribuindo enormemente para a valorização do indivíduo, perante o anterior Estado absolutista, causando a ruptura desse último, colocando a autonomia privada como um vero limite à atuação estatal.

Assim, o “marco filosófico que consagra a Constituição enquanto um símbolo do pacto social” se encontra em três obras, quais sejam (a) o *Leviatã*, de Hobbes; (b) Segundo tratado sobre o governo civil, de Locke; e (c) *Do contrato social*, de Rousseau (AUAD, 2011, p. 41).

O simbolismo da imagem do contrato social tem utilidade também para representar o reconhecimento da igualdade que deve imperar entre os homens, longe das castas nobiliárias, já que admitir o símbolo do contrato pressupõe igualdade entre as partes que o estipulam, e não a desigual prevalência de uma vontade em detrimento de outra.

Dessa forma, os indivíduos, livres e iguais, criariam, contratualmente, a

instituição Estado, renunciando a seus interesses particulares em favor de um mecanismo melhor elaborado de pacificação de conflitos, possibilitando o progresso social.

No entendimento de Auad (2011, p. 42), o Constitucionalismo é um conceito dinâmico, que pressupõe a compreensão do papel assumido por uma Constituição no transcurso do tempo, sendo influenciada e influenciando vivamente a sociedade que pretende normatizar.

Cumprir destacar, ainda, o posicionamento de Mauro Cappelletti (1990, p. 110), em conferência que proferida, a respeito da sua visão de “constitucionalismo moderno”:

Evidentemente não basta a existência de uma constituição escrita. No Velho Continente, constituições escritas se sucederam umas às outras, ao final da época da Revolução Francesa. Este fenômeno, certamente teve uma grande importância no plano político e social, sobretudo quando aquelas constituições, assumindo o dever de proclamar o novo ideal político-social daquela que, com uma certa aproximação, foi chamada a grande “Revolução burguesa”: com a supressão da divisão da sociedade em classes sociais - nobres, eclesiásticos, commoners - e, portanto, com uma igualdade, ao menos formal, dos cidadãos diante da Lei. No entanto, não foi tão importante aquela constituição no que tange a efetividade jurídica. Elas avivaram a natureza da proclamação político-filosófica, mas não a verdadeira e própria lei vinculando - leis superiores, Grund gesetze, ou Higher Laws. Faltava-lhes, na realidade, um instrumento eficaz de atuação no confronto do poder político, legislativo e executivo.

Cappelletti (1990, p. 110) destaca, ainda, que esses mesmos pensadores (Rousseau, Montesquieu e Hobbes), cujas ideias serviram de embasamento para o surgimento do Constitucionalismo, destacaram a supremacia e infalibilidade da lei, com a conseqüente “nulidade” do Judiciário enquanto mero mecanismo de sua aplicação. Estava ausente, assim, “uma ‘terceira garra’ investida do poder de assegurar o respeito à Constituição por parte do grupo ‘político’”.

O tom marcante do Constitucionalismo moderno seria, além das conquistas obtidas pelo tradicional Constitucionalismo, como já expostas, um abandono da separação de poderes na sua forma rígida, da simples não interferência, mas sim um verdadeiro equilíbrio dos poderes, mediante controle recíproco. Daí afirmar o seguinte:

A Constituição, distante ainda de ser vista como uma mera proclamação de intentos político-filosóficos, se afirma hoje como norma jurídica, vinculante e superior a lei ordinária; os sistemas de controle e atuação da legitimidade constitucional são confiáveis a órgãos jurisdicionais, ou seja, a órgãos suficientemente independentes e imparciais, respeitados os titulares do poder político. (CAPPELLETTI, 1990, p. 111-112)

A introdução desse sistema de controles recíprocos (*checks and balances*), característico do constitucionalismo moderno, corresponde, portanto, à maior relevância do papel do Judiciário, enquanto “*a least dangerous branch*”, ou “a ‘garra’ menos perigosa” (porém não menos importante, pelo contrário: de proporções gigantesca nesse sistema), nos dizeres que Cappelletti traz, com base em Alexander Hamilton (1990, p. 112-113).

Aliás, nesse sentido, bem destaca Lenio Luís Streck, com apoio em Ferrajoli, que:

Até cinquenta anos atrás não existia nem no pensamento jurídico e nem no sentido comum a ideia de uma lei acerca das leis, isto é, de um Direito do Direito, sendo inconcebível que uma lei pudesse vincular a lei, sendo a lei a única fonte, e, portanto, onipresente, do Direito: seja fosse concebida como vontade do soberano, seja fosse legitimada como expressão da maioria parlamentar. De maneira que o legislador, nas melhores das hipóteses, o parlamento, era a sua vez concebido como onipresente; e onipotente era o parlamento em consequência da política, da qual o Direito era o produto e, ao mesmo tempo, o instrumento. (STRECK, 2002, p. 180-181)

Apenas com a concepção moderna do Constitucionalismo que foi possível a utilização da “garra” judicial no intuito de se evitar os abusos dos dois gigantes apontados por Cappelletti: o “Estado Leviatã”, com a onipresença do legislador, possuidor de largas atribuições legislativas; e o enorme “Estado Providência”, ou *Welfare State*, ampliando a influência do administrador, para tornar efetivo o Estado Social.

Nesse mesmo sentido, vem Cappelletti esclarecer que foi atribuída:

[...] ao judiciário, a responsabilidade de controlar a respeito de tal finalidade, limites e modalidades. Certamente, trata-se de um grande empreendimento, não privado de riscos e de graves responsabilidades, tanto política, porque o ideal de uma norma poder atuar automaticamente, sem qualquer discricionariedade interpretativa, é falho e ilusório e abandonado, tanto por mais ilusório quando a norma a atuar é aquela constitucional que por si só, por sua característica de norma atinente tem valores fundamentais deixa indubitavelmente amplo espaço de escolha quanto a discricionariedade. Porém, discricionariedade não significa arbítrio; e o bom juiz sabe que a mais próxima das normas pode conter em seu bojo orientações suficientes para uma interpretação-atuação de justiça. (CAPPELLETTI, 1990, p. 114)

Destarte, o protagonista do Constitucionalismo moderno deve ser, indubitavelmente, o Poder Judiciário, contribuindo centralmente, pelo sistema de controles recíprocos, para a harmonização dos Poderes que, como visto, não mais podem ser entendidos como unidades isoladas, mas sim que devem interagir entre si.

### 3.1 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

O reflexo desse movimento do moderno Constitucionalismo também é percebido no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a partir da Constituição de 1988, integrando a linha de frente dessa tendência da contemporaneidade.

Em vários dispositivos do texto da Constituição Cidadã, sente-se a introdução de um sistema de controle judicial que engloba ações de inconstitucionalidade no controle concentrado, incidente de inconstitucionalidade, mandado de segurança individual e coletivo, habeas corpus, habeas data, dentre outros, sem contar a própria possibilidade do controle de constitucionalidade pela via difusa, atribuída a todos os membros do Judiciário.

Tais disposições representam bem os pontos do moderno Constitucionalismo, como a limitação e controle do poder político, a ausência de imutabilidade das normas da lei maior (com critérios mais rigorosos para sua alteração do que para modificação da legislação ordinária – rigidez constitucional) e o próprio controle judicial a respeito da aplicabilidade constitucional.

Daí o salientar, mais uma vez, Mauro Cappelletti que:

[...] é lícito esperar que a “hipertrofia” tradicional do poder executivo torne impossível no futuro; também o que não devemos mais esquecer é que as leis, e mesmo as constituições, tem pouco valor sem aquilo que os romanos já chamavam de “constans voluntas” - os esforços, os sacrifícios, a coragem daqueles que devem aplicá-la. (CAPPELLETTI, 1990, p. 113)

Passaremos, portanto, à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, relativamente à problemática das terras indígenas, visando trabalhar a temática pela ótica do diálogo inescapável entre constitucionalismo e processualismo.

## 4 PROCESSUALISMO

O direito à jurisdição, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXV, ao dizer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, procura garantir que esteja ao aceso de todos, seja de particulares ou seja de pessoas jurídicas estatais, a possibilidade de invocação da prestação do Estado para a solução dos conflitos de interesses, com a determinação de providências, através o reconhecimento, a asseguaração ou a satisfação de um direito material que lhes seja conferido.

Trata-se, assim, de conferir o direito de ação judiciária, para que haja a atuação dos agentes do Poder Judiciário na realização do direito de um, mediante iniciativa do interessado, em conflito com os interesses de outro, ante a vedação da autotutela, como regra em nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, variadas foram as naturezas jurídicas atribuídas a esse direito de ação, sendo de destacada importância a análise das principais correntes de pensamento, indicando o evoluir histórico do processualismo.

Na fase inaugural da evolução conceitual do direito de ação, tem-se a doutrina imanentista, que não admite a independência dessa quanto ao próprio direito material veiculado por ela.

Consoante as lúcidas lições de Tucci, essa doutrina tem sua origem no Direito Romano clássico:

É que o Direito Romano, como é sabido, não distinguia entre *actio* e Direito subjetivo material, constituindo-se, por certo, mais um sistema de ações, do que, propriamente, de direitos. Mesmo na época clássica, segundo Cuq, o Direito não se desvinculava, de forma alguma, da ação correspondente. (TUCCI, 1998, p. 19)

Seus defensores, renomados juristas do passado (e até mesmo recentes), pugnavam ser um verdadeiro pressuposto processual a existência de um direito material certo, de forma que a ação seria apenas manifestação desse direito subjetivo em juízo, reagindo, sem que a ação, em si mesma, fosse autônoma.

Talvez a maior crítica feita sobre tal doutrina seja a da sua impossibilidade de explanar a existência de uma improcedência do pedido, ante a afirmativa da inexistência do direito material veiculado, caracterizando a ação como infundada.

Igualmente, é insuficiente para explicar a ação declaratória negativa, que visa ao reconhecimento de inexistência de uma relação jurídica submetida ao crivo judicial, pela própria vinculação do direito material ao de ação.

Apenas em meados do século XIX que novos ventos sopraram, conduzindo a originais reflexões quanto à natureza jurídica da ação da parte, conduzindo, assim, ao reconhecimento da sua autonomia, considerada, portanto, como um direito por si só, ou seja, o “direito de ação” (TUCCI, 1998, p. 20).

Desse posicionamento da ação como um “poder processual” surgiram três correntes ou concepções variadas, quais sejam (i) a da teoria do direito concreto à tutela jurídica, defendida por Adolph Wach; (ii) a da teoria da ação como direito potestativo, alicerçada nos ensinamentos de Chiovenda e Weismann; e (iii) a da teoria do direito abstrato de ação, sustentada por Degenkolb e Plosz (TUCCI, 1998, p. 21). Para a teoria do direito concreto à tutela jurídica (i), considera-se a ação

como o direito a uma sentença favorável, direito esse de caráter público (exercido contra o Estado), mas também concreto (exercido contra o adversário), autônomo em relação ao direito material veiculado, mas ainda assim esse como pressuposto do próprio direito de ação.

Como objeção a essa concepção doutrinária, aponta-se a sua insuficiência na justificação da existência de improcedência do pedido, com rejeição à pretensão autoral.

Relativamente à teoria da ação como direito potestativo (ii), defende-se que a ação seria o poder para fazer atuar a vontade da lei, constituindo-se também numa espécie de direito à obtenção de sentença favorável.

Trata-se, portanto, de conferir-lhe um vero *status* de direito que dê nascimento, modifique ou extinga direitos subjetivos pela vontade do seu titular; um direito para veiculação de outros.

Afirma-se que o grande empecilho a essa teoria repousa no dito engano de Chiovenda, que “confundiu direito subjetivo com faculdade de agir – mera expectativa no campo dos direitos - coisas bem distintas, indubitavelmente” (TUCCI, 1998, p. 23).

A respeito da teoria do direito abstrato de ação (iii), seu pensamento central reside na caracterização da ação como um direito geral e abstrato, que pode ser exercido até mesmo quando o seu titular não tiver direito subjetivo material merecedor de tutela jurisdicional.

Em outros termos, a ação corresponderia a um “direito à realização do direito”, voltado à provocar a atuação estatal obrigatória, no sentido de fazer integrar no processo a outra parte (TUCCI, 1998, p. 22).

Para essa última corrente, a ação seria, portanto, um direito público subjetivo preexistente ao processo, mas também desvinculado do direito material que serve de base para a pretensão.

Afirmam seus críticos que essa concepção “peca pelo seu excessivo abstracionismo”, sendo que o seu “defeito capital”:

[...] se coloca na identificação da *jurisdição* com o juízo, “esquecendo-se de que o juízo estatal é simples meio para atingir um fim que está além dele e no qual verdadeiramente se explica a função jurisdicional” (TUCCI, 1998, p. 24)

Não obstante, a possibilidade de utilização dessa tríade de teorias de modo complementar é apontada de forma lúcida por Rogério Lauria Tucci, não as excluindo mutuamente, mas conjugando-as, pois todas demonstram efetivas

contribuições para o aperfeiçoamento da doutrina processual em seu estágio atual, na busca pela eliminação de disparidades eventualmente presentes ao se comparar a situação fática e o processo.

## **5 A SÚMULA 650 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS TERRAS INDÍGENAS**

A questão das terras indígenas, notadamente na limitação de sua definição como trazida pela atual Constituição Federal, é um nítido exemplo do inter-relacionamento entre constitucionalismo e processualismo.

Com acentuada frequência, a questão apresentada bate às portas do Supremo Tribunal Federal, misto de órgão máximo da jurisdição e corte constitucional, levando-o a se valer do sopesamento dos interesses postos em jogo, dentro dessa perspectiva dualista (constitucionalismo X processualismo).

Como escopo do presente trabalho, atentemo-nos para o seguinte enunciado sumular de sua lavra:

Súmula 650 do STF: Os incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal não alcançam as terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

São dois os precedentes que diretamente provocarão a edição de tal súmula: Recursos Extraordinários 219.983/SP e 249.705/SP. A questão central, em ambos, diz respeito à ausência de reconhecimento da proteção possessória às terras que, apenas em passado longínquo, foram ocupadas por povos silvícolas.

E assim se dá porque, levando-se em conta as explanações históricas adrede expostas, sobre o tratamento das terras indígenas pelas constituições brasileiras, a Constituição Cidadã, de forma inequívoca, buscou preservar a situação por ela encontrada quando de sua vigência.

Reitere-se, assim, os requisitos, elencados no artigo 231, para que a terra seja merecedora da proteção especialmente conferida: a) o dado fático da posse tradicional; b) a sua utilização para as atividades produtivas; c) a imprescindibilidade para proteção dos recursos ambientais necessários ao bem estar indígena; e d) a necessidade da área para possibilitar sua reprodução físico-cultural, em consonância com suas tradições.

Assim, os aldeamentos indígenas extintos, ocupados apenas remotamente pelos povos silvícolas, não são propriedade da União. Isso porque, ainda que tenha

havido a edição do Decreto-lei 9.760, de 5 de setembro de 1946, que estipulou quais seriam os bens da União, incluindo no rol “os terrenos dos extintos aldeamentos de índios” que não tivessem sido passados para os Estados, Municípios ou particulares (artigo 1º, alínea “h”), poucos dias depois sua recepção foi negada pela Constituição de 18 de setembro de 1946, que assim não dispôs.

Como acima já elencado, tão somente no texto da Constituição de 1967 é que os aldeamentos indígenas passaram para o domínio da União, preservando-se a posse perene dos indígenas que já os habitavam. Mas, destaque-se: apenas os já existentes àquele tempo.

Em assim sendo, a proteção constitucional à posse das terras indígenas que integram o rol de bens da União, apenas incide nos aldeamentos existentes desde 1988, e não os que remotamente existiram, já tendo desaparecido.

Essa a interpretação mais acertada a esse respeito, balizada mesmo pela ponderação de interesses e pelo princípio da proporcionalidade, evitando-se, aliás, o entendimento desarrazoado de considerar toda e qualquer terra remotamente ocupada por indígenas (diga-se de passagem, praticamente todo o território nacional) como integrante do rol dos bens da União.

## 6 CONCLUSÃO

O presente artigo pretende demonstrar o debate relativo à proteção possessória e à titularidade das terras indígenas; debate esse envolto, em um primeiro momento, nas brumas do esquecimento pelos primeiros documentos constitucionais pátrios, abrindo largo permissivo para que os habitantes nativos do país tivessem mais e mais seus direitos violados, para, apenas lenta e parcialmente, receberem alguma proteção jurídica.

Contudo, num primeiro momento, essa proteção foi confusa e ineficiente, requerendo constante diálogo entre União e Estados, através do Ministério da Agricultura. Apenas com a Constituição de 1967 é que foi existir efetiva previsão da centralização, na União, do cuidado com as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

O diálogo, ou mesmo debate, vem representado no enunciado sumular 650, elaborado pelo Supremo Tribunal Federal, que, em conformidade com as balizas da atual Constituição Cidadã, vem limitar, pela proporcionalidade e pela razoabilidade, a extensão da interpretação da expressão “tradicionalmente ocupadas”, a fim de que não se caia no abuso de considerar os aldeamentos extintos, só remotamente

ocupados (e que, sem dúvidas, se espraiam por grande parcela – se não totalidade – do território nacional), sejam também reconhecidos como bens da União, com a consequente proteção possessória indigenista.

Há um vero e nítido esforço de harmonização, percebido pela atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal, bem demonstrando a inter-relação entre constitucionalismo e processualismo.

Mediante tal sopesamento, vislumbra-se o processualismo em suas mais recentes vertentes, representando um direito de ação autônomo, que se mostra vinculado, mas não dependente em si mesmo ao direito material de que se faz instrumento.

Em ambos recursos extraordinários que embasaram a edição da súmula, são veiculadas pretensão considerada infundada, mediante a atuação do Judiciário estruturado sob a perspectiva do novo e moderno (ou mesmo contemporâneo) constitucionalismo, realizando a sua atuação como “garra menos perigosa”, porém forte e precisa o suficiente para controlar as pretensões contrapostas, interpretando restritivamente o alcance dos termos legislativos e evitando o conflito entre os próprios entes federativos.

Aliás, destaque-se que o próprio reconhecimento de terras de aldeamentos indígenas extintos como bens da União afetaria o equilíbrio federativo, por retirar parcelas consideráveis da grande maioria (se não totalidade) dos Estados-membros.

É, destarte, interessante e atual debate, revelando a interpenetração, se não mesmo a conflituosidade, entre constitucionalismo e processualismo, enquanto movimentos orientadores do ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 77, p. 41-61, out./dez. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 60, p. 110-117, out./dez. 1990.

COELHO, Inocêncio Mártires. A experiência constitucional brasileira: da carta imperial de 1824 à constituição democrática de 1988. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, a. 51, n. 190, jul./dez. 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras – 1934*. Brasília: Senado Federal, 2003.

RIBEIRO, Weslley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. Direito e sistemas públicos de saúde nas constituições brasileiras. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, Itajaí (SC), v. 15, n. 3, set./dez. 2010. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2768>. Acesso em: 22 abr. 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Índios e seus direitos constitucionais na democracia brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 60, p. 281-297, jul./set. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. Jurisdição, ação e processo civil (subsídios para a teoria geral do processo civil). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 52, p. 7-40, out./dez. 1988