
REFLEXOS DO CONTROLE DIFUSO PARA O EQUACIONAMENTO DE QUESTÕES DAS MINORIAS: A SÚMULA Nº 650 DO STF E AS TERRAS INDÍGENAS

NAZIL CANARIM JUNIOR

Mestre em Educação pela Faculdade de Filosofia e Ciências de Marília.

Doutor em Educação pela Universidade Federal de São Carlos.

Professor titular na Universidade Paulista, campi de Araçatuba e Bauru. Advogado.

RENATO CHINALI CANARIM

Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino.

Professor adjunto na Universidade Paulista, campi de Araçatuba e Bauru. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O advento de uma nova Constituição, ainda que inaugure uma nova organização político-jurídica, em uma verdadeira ruptura com a ordem precedente, não implica necessariamente em revogação de todo o ordenamento jurídico preexistente. Torna-se esse novo diploma fundamental, assim, o novo parâmetro de validade para as normas, pretéritas e futuras, de inferior hierarquia no sistema.

Como manifestação de sua força normativa, bem como para resguardar a aplicabilidade de seus preceitos, foram desenvolvidos, no transcorrer da história, dois sistemas de controle dos atos infraconstitucionais: o concentrado e o difuso.

Ambos convivem no atual ordenamento jurídico brasileiro, mas é notadamente através desse último que se faz possível maior conjugação entre o Estado de Direito e o sistema democrático, dadas as próprias características de tal controle.

Através dele, o Supremo Tribunal Federal tem o poder-dever de exercer a guarda da Constituição, solucionando os conflitos que lhe cheguem às portas, de modo a, dentro do

“espírito” da Constituição da República de 1988, resguardar os direitos e interesses das minorias.

Nesse contexto, reveste-se de relevo a análise do enunciado sumular 650, de sua lavra, bem como dos recursos extraordinários que lhe deram origem, como mecanismo de fiscalização das disposições relativas às terras de posse indígena, contribuindo para a pacificação dos conflitos surgidos pelo emaranhado legislativo, tanto constitucional como legal, no curso da história constitucional brasileira.

Dessa forma, centrar-se-á a presente análise a respeito da conceituação dos povos silvícolas, partindo-se para o tratamento constitucional e legal relativamente às terras que ocupam.

Far-se-á, então, sucinta abordagem a respeito do movimento constitucionalista, com sua abrangência na ordem constitucional brasileira instaurada pela Constituição da República de 1988, bem como da jurisdição constitucional, voltada à utilização do recurso extraordinário como mecanismo do controle difuso.

2 ÍNDIOS

Pode-se conceituar o povo indígena como o conjunto de indivíduos que habitavam as terras brasileiras antes mesmo que houvesse um Brasil. Isso porque o território somente se tornou assim reconhecido após as grandes navegações, que esparziram os ventos europeus pelo resto do mundo, colonizando-o nos padrões ditos civilizatórios.

A fim de melhor perscrutar a conceituação do termo “índio” para o ordenamento jurídico brasileiro, é possível encontrar sua 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. Destaquemos.

Consoante ao inciso I, do artigo 3º, da Lei 6.001/1973, 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, é expresso o Decreto 5.051/2004:

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.

Ao se conjugar ambos diplomas, harmonizando-os, faz-se possível perceber um duplo critério para a caracterização do povo silvícola, englobando tanto a existência de atributos únicos desse grupo, no tocante à organização socioeconômica e cultural, bem como a presença de uma consciência, por parte desses indivíduos, da identidade enquanto membros de uma comunidade indígena.

Consoante ao escólio de José Afonso da Silva, é de destaque o sentimento de autoidentificação cultural. Ensina o autor:

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, tal elemento contribui, quando coletivamente exercido, para a caracterização da comunidade indígena, pois ela mantém a sua integridade cultural, mesmo em contato (ou choque) com outros costumes e comportamentos civilizatórios, revelando a sua independência, ou melhor, a sua identidade única.

2.1 Índios e seus direitos constitucionais na democracia brasileira

A participação dos povos indígenas, no contexto da sociedade brasileira, deve ser permanente e contínua, não sendo admissível que sejam desconsiderados pela ordem social, quanto menos pelo hodierno ordenamento jurídico.

Isso porque, conforme a lúcida observação de Rothenburg (2007, p. 282), “*os constituintes da Constituição jurídica de 1988 reconheceram os constituintes da pátria*”, significando, com efeito, que os índios devem necessária e permanentemente participar da **sociedade, como manifestação de vera “exigência democrática”, notadamente nos temas que lhes interessem mais de perto.**

A proteção constitucional desse povo pode ser encontrada no Capítulo VIII, do Título VIII – Da Ordem Social, abrangendo apenas dois artigos, quais sejam os 231 e 232.

Nesse primeiro, é expresso o reconhecimento dos direitos indígenas, que abrangem “*sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições*”, **além dos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.**

Já no artigo 232, consta a previsão da legitimidade ativa atribuída aos índios, individual ou coletivamente, ou mesmo por meio das organizações protetivas, a fim de que possam exercer efetiva defesa judicial dos seus direitos e interesses, garantindo-se a intervenção do Ministério Público em todos os atos processuais.

Além disso, essa participação democrática do silvícola pode ser extraída também do próprio âmbito normativo infraconstitucional, **ainda que com certa dose de “boa vontade”**, segundo Rothenburg (2007, p. 283).

No bojo dessas previsões, pode-se citar a contida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9.394/1996, ao dispor da necessidade de inclusão das comunidades (escolar e local), na participação dos conselhos escolares, para fins de garantia da gestão democrática.

A interpretação dessa disposição normativa deve conduzir ao raciocínio de que é um

dever a inclusão indígena nessas questões afetas à sua educação, a fim de que possam opinar, tendo em vista as peculiaridades da sua cultura.

Igualmente, no âmbito dos atos normativos infralegais, encontra-se exemplo de garantia de participação indígena veiculada na Instrução Normativa do Instituto Nacional do Seguro Social nº 61, de 2012, prevendo a possibilidade de enquadramento do índio reconhecido pela Fundação Nacional do Índio como segurado especial, independentemente de qual for a sua classificação legal consoante ao Estatuto indígena.

De qualquer forma, faz-se imprescindível reconhecer que, na eventualidade de conflito entre a proteção conferida aos indígenas e outros interesses e direitos constitucionalmente garantidos, há de primar pelo respeito à peculiaridade da cultura silvícola, mediante adequada ponderação de interesses.

2.2 Os índios e o direito à terra na história constitucional

Como adrede ressaltado, e é nesse ponto que centraremos a nossa análise, é de especial relevância a questão das terras indígenas, notadamente para Constituição da República de 1988.

Antes de ingressarmos no tratamento dado pela Constituição Cidadã, faz-se mister a realização de retrospecto, com o escopo de possibilitar que se vislumbre o caminho traçado a tal instituto na história constitucional brasileira.

Evidentemente, antes das Grandes Navegações, a totalidade do território brasileiro se encontrava sob a posse dos seus habitantes nativos, os índios, espalhados em suas diversas tribos. Contudo, a Coroa Portuguesa atribuiu a si própria a propriedade dessas terras, quando da colonização do Brasil, transferindo esse domínio para a própria Coroa Brasileira, quando de sua independência.

Na Lei de Terras - Lei nº 610 de 1850, houve o estabelecimento de quais são as terras devolutas do Império Brasileiro, passando-se a englobar, dessa forma, aquelas ocupadas pelos índios.

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

Essas terras, posteriormente, na Constituição de 1891 foram atribuídas aos Estados, conforme o seu artigo 64⁵⁰. Contudo, até a Constituição de 1934, não havia qualquer proteção constitucional, de forma a se assegurar a posse aos silvícolas das terras 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.

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". Em seu texto, possuía 187 artigos e mais 26 artigos nas Disposições Transitórias.

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

⁵⁰ 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.

em normas programáticas, as quais, embora de valor ideológico, resultaram em ineficácia. **Foram sonhos irrealizados”.**

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

É com esse texto constitucional, ainda, como visto, que se inaugura a previsão de conferir alguma relevância à temática indígena. No Título IV – Da Ordem Econômica e Social, encontramos 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.

Da singela disposição, infere-se que apenas se 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. Ademais, condiciona-se 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).

A Carta contemplava 187 artigos e, curiosamente, não adotou as expressões título, capítulo ou seção em seu texto. Simplesmente abria uma rubrica nova a cada assunto novo.

Na esteira da anterior Carta Política, trouxe apenas uma disposição a respeito dos indígenas, sob o título Da Ordem Econômica:

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 mera e pequena 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

Segundo as lições de 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.

Tais 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

Pretendendo 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), com base em proposta enviada pelo Presidente da República.

Bonavides e Andrade, citados por Coelho (2006, p.89), afirmam que, naquele período, não houve uma tarefa constituinte propriamente dita, mas sim uma farsa constituinte. O projeto enviado continha dispositivos “não emendáveis”.

Apresentava 217 artigos, distribuídos em cinco títulos.

De modo inovador, há a previsão de que as terras ocupadas pelos índios são agora propriedade da União, e não mais dos Estados, submetidos à sua competência regulamentadora. Veja-se:

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:

Somente em 1967 o regime militar estabeleceu que as terras ocupadas pelos índios eram de propriedade da União. Até então, a regulamentação das terras ocupadas pelos índios 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.

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

Ademais, somada à posse, há a 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

Importa notar 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”.

Tal designação é incorreta. A própria 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 [...].

Além disso, a emenda posterior, de maio de 1972, é chamada oficialmente de "Emenda Constitucional nº 2" (à Constituição de 1967).

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.

Considerada a mais analítica de todas as constituições, possui 250 artigos em seu corpo principal, além de outros 95 no "Ato das Disposições Constitucionais Transitórias".

Com relação 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, rejeitou-se a utilização, pelo novo texto constitucional, da expressão “**posse imemorial**”, para definir a posse indígena.

Isso porque, como bem se nota, “**posse imemorial**” é termo de alcance antropológico, e não jurídico, não se coadunando com a nomenclatura a ser usada no documento político-jurídico que é a Constituição.

Dessa forma, retomando o quanto já afirmado, a previsão da proteção das terras indígenas vem especificamente no artigo 231, a seguir transcrito:

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, resguarda-se a inalienabilidade e a indisponibilidade das terras indígenas, conferindo-se a imprescritibilidade dos direitos sobre elas. Além disso, há 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 último, apenas mediante prévia deliberação legislativa.

A temática das terras indígenas, bem como dos conflitos que gera, conforme se verá mais à frente, é uma daquelas que envolve diretamente o conflito entre constitucionalismo e processualismo, em que se faz obrigatória e necessariamente uma ponderação de interesses. Para tanto, realizemos a 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.

É, sem sombra de dúvidas, um 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.

Apenas posteriormente é que o Constitucionalismo moderno se espalha para o resto dos países ocidentais, iniciando pela própria Europa.

Isso não quer dizer que esse próprio movimento, aliás, como todos os grandes

progressos da história, não tenha sido preparado paulatinamente. Pelo contrário, veio sendo preparado por inúmeros documentos, tais como a Magna Carta e o *Bill of Rights* ingleses, que iniciaram a corrente de movimentos para limitação do autoritarismo monárquico.

Dessa forma, consoante aos ensinamentos de Auad (2011, p. 41), tem-se como “um dos principais objetivos do Constitucionalismo” aquele de proporcionar segurança jurídica, notadamente a uma sociedade emergente, no afã de se “libertar dos grilhões estamentais” tão marcantes nas monarquias absolutistas.

Com 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).

Podemos nominar 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.

Além disso, para 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.

Indubitavelmente, a Constituição é “o marco de um pacto social”, contribuindo grandemente para a valorização do indivíduo, reitere-se, perante o anterior Estado absolutista, causando, em verdade, a ruptura desse último, pela exigência de que a autonomia privada é um verdadeiro limite à atuação estatal.

Para esse mesmo autor, 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)

Essa imagem do contrato serve, ainda, como simbologia do reconhecimento da igualdade 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. Os indivíduos, livres e iguais, criariam, contratualmente, o Estado enquanto instituição, renunciando a seus interesses particulares em favor de um mecanismo mais desenvolvido de pacificação de conflitos que permita o desenvolvimento social.

Na concepção 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 consequente “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.

Nesse sentido:

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)

Dessa forma, a introdução desse sistema de controles recíprocos (*checks and balances*), característico do constitucionalismo moderno, corresponde 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)

Ou seja, somente com a concepção moderna do Constitucionalismo é que se faz possível a utilização da “garra” do Judiciário para evitar os abusos de dois gigantes apontados por Cappelletti: tanto o “Estado Leviatã”, com a onipresença do legislador, possuidor de largas

atribuições legislativas; como do enorme “Estado Providência”, ou *Welfare State*, ampliando a influência do administrador, para tornar efetivo o Estado Social.

Dessa forma, é possível afirmar a esse respeito, que:

[...] 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)

Portanto, será o Judiciário o protagonista do Constitucionalismo moderno, pautado centralmente pelo sistema de controles recíprocos, visando à 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

Percebe-se o reflexo desse movimento do moderno Constitucionalismo também no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a partir da Constituição de 1988, integrando a linha de frente dessa tendência da contemporaneidade.

É possível perceber, em vários dispositivos de seu texto, 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.

Essas disposições representam bem os pontos do novo Constitucionalismo, tais 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.

Como bem salienta mais uma vez Mauro Cappelletti:

[...] 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)

Nesse sentido, uma das implicações do movimento constitucionalista se revela na existência de uma jurisdição constitucional, relacionada a mecanismos de garantia da própria Constituição e de assegurar que seus valores sejam cumpridos.

4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao se tomar, assim, Constituição como o produto desse movimento jurídico-político-social que é o Constitucionalismo, faz-se possível identificar o surgimento e o desenvolvimento de mecanismos processuais de garantia de sua efetivação, a fim de fazer prevalecer os conteúdos protegidos em seu texto normativo.

A jurisdição constitucional, portanto, pode ser definida como esse conjunto de mecanismos previstos na própria Constituição, ou dela decorrentes, que tenham por meta a sua salvaguarda, das mais diversas formas.

Diz-se das mais diversas formas, pois que o controle de validade das leis e atos normativos infraconstitucionais, em relação ao seu texto, pode ser realizado consoante a dois modelos bem delineados, cuja procedência é diversa, embora, no âmbito de nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, coexistam harmoniosamente: (i) o concentrado, de origem europeia, em suas Cortes Constitucionais; e o (ii) difuso, de procedência estadunidense.

4.1 Controle de constitucionalidade difuso

Como escopo de nossa análise, daremos especial ênfase quanto ao controle dito difuso, que, essencialmente, como bem relembra Grinover (1998, p.11), é aquele que ocorre “no processo comum, quando a parte alega, como fundamento da ação ou da defesa, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo”, em que a arguição “é feita incidenter tantum e constitui sempre questão prejudicial”.

Em elucidativa síntese, é possível, dessa forma, elencar as seguintes características, quais sejam (i) o conhecimento e decisão da questão da constitucionalidade da lei ou ato normativo por qualquer órgão do Poder Judiciário; (ii) o fato de dar-se por via de exceção, ou seja, no curso de um processo comum; (iii) o objeto da ação ser a reparação de lesão de um direito, ou mesmo a sua prevenção, sendo a decisão dessa controvérsia constitucional meramente incidente; (iv) a realização de coisa julgada tão somente entre as partes da lide; e (v) a produção de efeitos *ex tunc* dessa declaração de inconstitucionalidade (Bastos, 2011, p. 851).

A esse respeito, elucida Alexandre de Moraes o seguinte:

Sob essa perspectiva, e demonstrando a *necessidade* de compatibilização das ideias de *Democracia* e de *Estado de Direito*, com absoluto respeito à Separação de Poderes com a *finalidade* de concretização dos Direitos Fundamentais e defesa das minorias, a CF/1988, portanto, a Constituição de 1988 manteve a natureza híbrida de nosso sistema de jurisdição constitucional, preservando o tradicional controle difuso de constitucionalidade trazido pela 1.^a Constituição Republicana de 1891, a ser realizado por todos os juízes e tribunais mediante a existência de um caso concreto e fortalecendo o controle abstrato a ser exercido pelo STF. (MORAES, 2015, p. 144)

Dessa forma, o controle de constitucionalidade difuso é modalidade de exercício da jurisdição constitucional, em verdadeiro aspecto democrático, com o propósito não apenas de compatibilização das normas infraconstitucionais com o texto da Lei Maior, mas sim garantir a efetividade dos próprios direitos fundamentais.

4.2 O recurso extraordinário

O recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal, vem previsto na Constituição Federal de 1988, na seguinte disposição:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Resta explícito, assim, que a defesa da Constituição é realizada pelo Supremo, não apenas através das ações ordinárias de sua competência, notadamente aquelas voltadas ao controle concentrado, mas também, e de igual importância, através do julgamento de recursos extraordinários, nas hipóteses acima elencadas.

5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SÚMULA 650

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

Tal temática bate às portas do Supremo Tribunal Federal, misto de órgão máximo da jurisdição e corte constitucional, com certa frequência, levando-o a sopesar os interesses em jogo, dentro dessa perspectiva dual.

No exame dos Recursos Extraordinários a seguir detalhados, a questão central diz respeito à ausência de reconhecimento da proteção possessória às terras que, apenas em passado longínquo, foram ocupadas por povos silvícolas. Assim é que, no Recurso Extraordinário 219.983/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, a recorrente – União

Federal, insurgiu-se contra o acórdão proveniente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

CONSTITUCIONAL. USUCAPIÃO. TERRAS SITUADAS EM ALDEAMENTOS INDÍGENAS. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

As terras situadas em antigos aldeamentos indígenas não pertencem à União Federal, eis que o Decreto-Lei no 9760/46, ou assumiu a natureza de Emenda Constitucional à Carta de 1.937 e foi revogada pela Constituição de 1.946 ou, como norma inferior, não foi recebido pela nova ordem. Destarte, falece o interesse da União, tornando-se incompetente a Justiça Federal para processar e julgar o feito. Apelação e remessa oficial improvidas.

Na parte introdutória do relatório, o Ministro Marco Aurélio dá uma ideia da temática desenvolvida nos autos:

A União, com as razões de folha 217 à 222, nas quais evoca a alínea "a" do permissivo constitucional, articula com o malferimento do artigo 20, incisos I e XI, da Carta Política da República, argumentando que, com a extinção dos aldeamentos indígenas, as terras abandonadas foram devolvidas à nação, ficando o Governo, a partir da Lei n. 1.114/60, autorizado a aforá-las. Como os aforamentos caíram em comisso, consolidou-se o domínio pleno da Recorrente sobre as terras. Salienta, ainda, que as terras em questão não foram transferidas ao Estado, por força da Constituição de 1891, pois não se incluem entre as terras devolutas, nem entre os próprios nacionais desnecessários ao Governo Federal à data da promulgação da mencionada Carta. Daí a evocação do Verbete no 334 da Súmula desta Corte, cuja orientação é no sentido da impossibilidade de serem adquiridos, por usucapião, os bens dominiais e os demais bens públicos.

No corpo do Recurso Extraordinário n. 249.705/SP, sendo o Relator o Ministro Moreira Alves, constata-se que o acórdão questionado, também proveniente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, estava assim ementado:

USUCAPIÃO. ANTIGO ALDEAMENTO INDÍGENA. INTERESSE DA UNIÃO. INEXISTÊNCIA. NATUREZA DA DECISÃO. NULIDADE DA SENTENÇA: INOCORRÊNCIA, PROVA. ÔNUS.

I - Ao se pronunciar sobre a existência, ou não, de interesse das União em figurar no feito, o juiz não prolata sentença, posto que decide uma causa, sem, contudo, por termo ao processo. Referido ato reveste-se de natureza interlocutória, ensejando a interposição do recurso de agravo.

II - A controvérsia posta nos autos, para o seu desate, exige somente o exame da prova documental, sendo no mais a matéria puramente de direito, razão pela qual a falta de prova pericial não caracteriza cerceamento à defesa. Preliminar rejeitada.

III - O ônus da prova a respeito da localização do imóvel usucapiendo em terreno público ou particular incumbe à parte que a deduziu, ou seja, a União Federal, a qual, ademais, possui todos os meios a tanto necessários. Precedentes da Corte.

IV - O interesse manifestado pela União Federal sobre o imóvel usucapiendo, que se situaria no perímetro de aldeamento indígena extinto, não tem como ser acolhido, pois estriba-se no art. 1º, "h", do D.L. 9.760/46, editado sob a égide da Carta de 1937, e que não foi recepcionado pela Constituição que lhe é superveniente, a de 1946, cujo art. 34 arrolava, de forma exaustiva, os bens pertencentes à União, não incluindo, dentre eles, os aldeamentos indígenas extintos. Precedentes da 1ª Turma.

V - Agravo improvido.

Serviram aqueles acórdãos como precedentes justificadores do seguinte enunciado sumular:

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.

Resta evidente, assim, em que pese as explanações históricas aqui já expostas, a respeito do tratamento das terras indígenas pelas constituições brasileiras, que a Constituição Cidadã, de forma inequívoca, buscou preservar a situação por ela encontrada quando de sua vigência.

Reiteremos, 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.

Dessa forma, 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 adrede já elencado, foi apenas no texto da Constituição de 1967 que os aldeamentos indígenas, mas apenas os já existentes, passaram para o domínio da União, preservando-se a posse perene dos indígenas que já os habitavam.

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.

Tal 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

A pretensão do presente artigo revela-se na apresentação do 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.

Proteção essa, num primeiro momento, confusa, exigindo o diálogo entre União e Estados, através do Ministério da Agricultura; para, somente na Constituição de 1967, existir efetiva previsão da centralização, na União, do cuidado com as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

Tal debate, desenvolvido no âmbito de inúmeros Recursos Extraordinários, culminou por desencadear a emissão do enunciado sumular 650, elaborado pelo Supremo Tribunal Federal, que, em conformidade com as balizas da atual Constituição da República, vem limitar, pela proporcionalidade e pela razoabilidade, a extensão da interpretação da expressão “tradicionalmente ocupadas”, para que não se caia no abuso de considerar os aldeamentos extintos, só remotamente ocupados (e que, sem dúvidas, se espraiam por grande

parcela do território nacional), sejam também reconhecidos como bens da União, com a consequente proteção possessória indigenista.

Percebe-se, assim, o êxito decorrente do manejo do controle difuso de constitucionalidade, visto que os recursos extraordinários que embasaram a edição da súmula, verdadeira pretensão tida como 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.

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.

REFERÊNCIAS

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

BASTOS, Celso Ribeiro. O controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos municipais. *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 219.983-3. Recorrente: União Federal. Recorridos: Francisco Nacarato e outra. Brasília, 9 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=248790>. Acesso em: 14.ago.2015.

_____. Recurso extraordinário n. 249.705-3. Recorrente: União Federal. Recorridos: Advogado Geral da União. Brasília, 24 de agosto de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=248790>. Acesso em: 14.ago.2015.

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

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.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. Revista de Processo, São Paulo, v. 90, p. 11-21, abr./jun. 1998.

MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional e Conselho Nacional de Justiça. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 951, p. 141-151, jan. 2015.

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.

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.