

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DA POSSE INDÍGENA

*Luís de Freitas Júnior, Procurador Federal,
Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza- Unifor,
Especialista em Direito Civil pela Faculdade Integrada do Ceará – FIC, Professor
de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O instituto da posse no sistema tradicional; 3 O instituto da posse na atual ordem constitucional; 4 A visão do Direito Constitucional contemporâneo aplicada à posse indígena; 5 Princípio da proporcionalidade e o conflito entre posse no sistema clássico e no sistema constitucional indigenista; 6 Conclusão; 7 Referências.

RESUMO: A ideologia burguesa ao interpretar o instituto da posse como a exteriorização do comportamento do proprietário, tinha a intenção de propiciar um ambiente de segurança jurídica para a circulação de riquezas. Nada obstante, com a substituição dos modelos econômico-políticos, máxime com a maiêutica da Constituição Federal de 1988, foi consagrado um Estado Democrático de Direito no Brasil, e com isso, outros fundamentos, objetivos e valores passaram a orientar a interpretação dos institutos clássicos. Nesse diapasão, a posse vem a ter uma nova hermenêutica, baseada no desenvolvimento de uma função social. Logo, exige-se que ela seja exercida em consonância com os direitos fundamentais em todas as suas dimensões. A partir daí surgiu o campo para aplicação de uma principiologia condizente com a proteção da posse indígena. A posse de suas terras é o vetor inicial a partir do qual os índios podem implementar o restante dos seus direitos. Desta feita, no conflito aparente entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à propriedade privada, é preciso eleger o valor mais condizente com a Constituição Federal, sempre com aplicação do princípio da proporcionalidade, para não sacrificar em demasia o direito preterido. Assim, a posse indígena deve ser lida com lentes constitucionais, porquanto só será possível a preservação dos habitantes primitivos com a interpretação dos dispositivos conforme o paradigma da justiça social.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica. Constituição. Dignidade . Posse. Indígena. Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo acerca da visão hermenêutica da posse no atual sistema constitucional. Especificamente, enveredar-se-á na aplicabilidade dessa nova interpretação da posse, à seara indígena.

Tentar-se-á dirimir a controvérsia sobre as diferentes conotações interpretativas da posse, surgidas como produto dos sistemas político-econômicos existentes ao longo do tempo. A partir daí, tentar-se-á estabelecer ligações entre o sistema jurídico vigente e a proteção da posse indígena.

A importância desse estudo reside na aplicabilidade jurídica que está sendo dada à posse, nos conflitos contemporâneos. Deveras, o instituto da posse tem passado por uma evolução hermenêutica ao longo do tempo. Daí ressalta-se a justificativa desse estudo, qual seja, a correção dos desequilíbrios do passado, a partir de uma aplicação atualizada dos institutos possessórios.

O desenvolvimento do tema calcou-se eminentemente em pesquisa bibliográfica. Foi perscrutada a doutrina pátria e estrangeira, acerca de temas hermenêuticos, constitucionais, civis e indigenistas. Além disso, foi pesquisada a legislação constitucional e ordinária, a fim de explicar a questão da interpretação das normas, da posse e de sua aplicabilidade ao direito indígena.

O objetivo desse trabalho é qualificar o Estado Democrático de Direito e mostrar as novas nuances interpretativas que fez surgir no instituto da posse, máxime a possibilidade de conferir um tratamento diferenciado em face da minoria indígena.

Para isso será demonstrada a evolução do tratamento da posse desde o liberalismo econômico que imperou na Revolução Francesa, passando pelas mudanças trazidas com a Constituição de 1988 até chegar no microsistema de tutela da posse indígena.

Assim, buscar-se-á uma forma de conciliar os interesses particulares e sociais, sempre respeitando a preservação das minorias e com o olhar atento para os valores exigidos pela Constituição.

2 O INSTITUTO DA POSSE NO SISTEMA TRADICIONAL

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E SISTEMA DE DIREITOS

É cediço que o Direito possui institutos universais e atemporais, que o caracterizam com um núcleo mínimo e intangível de justiça. Nada obstante, o Direito, como fruto das vicissitudes humanas, sofre influências dos momentos históricos e dos paradigmas vigentes.

Num período anterior à Revolução Francesa vigorou por muito tempo um sistema jurídico em que o magistrado tinha ampla discricionariedade na aplicação das normas. Esse modo de resolução dos conflitos era reflexo de um aparelhamento autoritário onde o Estado concentrava todas as funções e não respeitava os direitos individuais.

Esse modelo foi quebrado contemporaneamente ao Levante de 1789, ocasião em que prevaleceu o liberalismo econômico. Logo, qualquer interferência do Estado remetia ao sistema absolutista.

Nesse espectro, foi adotado o sistema de codificação do Direito, que o considerava sem lacunas. Havia, assim, uma concepção de auto-suficiência do CC, no que tange à esfera privada dos cidadãos. Além disso, restou mitigado o poder do juiz de proceder livremente com as suas interpretações, posto que se entendia que, se o poder só se legitima porque é decorrente da representação popular, qualquer ato de império que brote do magistrado seria teratológico e inconcebível no sistema de então.

Por isso, fora consagrada pela Cártula Magna a independência do homem frente a ingerência estatal. Essa ideologia tinha o desiderato de proteger a classe burguesa emergente. Razão porque havia a proteção máxima à propriedade privada e a ampla autonomia do povo para estipular os seus pactos.

2.2 DISCIPLINA CLÁSSICA DA POSSE

Na conjuntura político-econômica ora perscrutada, a posse era vista apenas sob a ótica dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Essa classe de direitos faz referência a uma liberdade negativa, ou seja, de não intervenção estatal frente às atividades do indivíduo. Desta feita, a proteção jurídica da posse era conferida apenas com um instrumental jurídico que garantisse a não turbação do Estado e dos demais particulares, na posse do indivíduo.

Deveras, a relação íntima que o homem tem com os bens ao seu redor foi merecedora de atenção pelo Ordenamento Jurídico brasileiro. O legislador extraiu da consciência coletiva uma gama de direitos reais, que acastelam as relações entre o titular de um direito e os demais membros da coletividade, que tem como objeto as “res” de valor jurídico no mundo fenomênico.

O direito real mais pleno sobre um bem é a propriedade, esta consiste numa relação jurídica entre uma pessoa e a “res”, pela qual o dono tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa e reaver de quem injustamente a detenha. O domínio tem seu respaldo advindo diretamente da lei.

Aprioristicamente, institutos como a propriedade eram o suficiente para compor as relações que o dia-a-dia engendrava. Com a complexidade social, para que as próprias relações de domínio viessem a ser protegidas a contento, foi imperioso que se protegesse também a aparência desse direito, qual seja, o instituto da posse.

Eis a natureza da posse no sistema liberal, uma forma de o direito proteger o elo entre o humano e os bens, sem que seu titular seja, necessariamente, o dono da coisa, mas exerce algumas das prerrogativas inerentes ao domínio.

Logo, quando o titular da posse se utiliza do bem com as mesmas atitudes de dono, já reúne as condições para a sua proteção jurídica contra o esbulho e turbacão de outrem. Vê-se que foi uma forma de facilitar a defesa do proprietário, para que fosse protegido pelo Direito sem que precisasse portar consigo o título dominial.

Eis a função da posse nessa conjuntura, uma forma de dar segurança jurídica ao titular de riqueza, a partir de uma ficção que lhe protegia *erga omnes*, inclusive contra o próprio Estado.

A partir do presente esboço histórico e da breve análise do instituto, nota-se que numa concepção clássica, o direito à posse tinha a função única de proteger o patrimônio de seu titular. A posse, como exteriorização da propriedade, visava manter o domínio da riqueza e excluir a intervenção de outras pessoas e do Estado. Essa percepção individualista do instituto coroava o liberalismo reinante na época e satisfazia os contornos de direito de primeira dimensão. Nada obstante, com a mudança da conjuntura político-econômica, é necessária uma nova hermenêutica para o instituto, a fim de fazer face às novas demandas de justiça.

3 O INSTITUTO DA POSSE NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E SISTEMA DE DIREITOS

Seguindo os passos da história, entrevê-se que uma nova percepção veio a embeberar as ordens jurídicas mundiais. Trata-se da idéia de protecionismo social a ser exercido pelo Estado.

Nesse contexto o mundo encontrava-se sacudido pelas duas grandes guerras mundiais, *crash* da bolsa de Nova Iorque, revolução russa, socialismo utópico e pela maiêutica da Constituição de Weimar. Essas teorias passam a metamorfosear pensamentos e reunir paladinos, vindo a ser ossificadas nas próprias constituições.

Assim, sobrepõe-se um Estado de bem-estar social que adota uma postura proativa, para fazer frente às iniquidades geradas e não solucionadas pelo liberalismo.

Com esse marco nas ciências jurídicas, percebe-se a tendência da legislação perder a sua neutralidade axiológica. Desse modo, restou defenestrada a concepção de que a Constituição dispunha apenas sobre interesses individuais.

Ora, contemporaneamente a regulação dos direitos privados extravasam o *Codex Civilis*, desta feita, vem a ser pública a tarefa de zelar pela dignidade, liberdade, inclusão social, paridade entre outras prerrogativas atinentes ao espectro particular da coletividade.

A partir da CF 88 nota-se que houve uma reestruturação da ordem jurídica, dado a publicização do direito privado trazida pela vanguarda cidadã.

Dessa forma, aduz-se que o Brasil está constituído em um Estado Democrático de Direito, e adotou dentre os seus fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1, inc. I e II). Igualmente, determinou como objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3, I e III). (Brasil, 1988, p. 07).

Nessa perspectiva, a lei deve ser entendida como um mecanismo para se alcançar a redução das desigualdades sociais e não apenas para imprimir comportamentos que favoreçam uma determinada casta social. Daí a necessidade de empregar uma visão mais equitativa sobre o Direito.

Assim, houve uma humanização os direitos privados, uma vez que foram ossificados os princípios da dignidade da pessoa humana em contraposição ao patrimonialismo; da igualdade de oportunidades em detrimento do sistema patriarcal e privilégios; da boa-fé objetiva a temperar a autonomia da vontade; da função social ao contrário do individualismo que predominava na fruição dos direitos reais.

Atualmente, ressurgiu a ideologia de diminuição do Estado e da entrega da atividade produtiva para a iniciativa privada. É a fase do neoliberalismo, em que foi dado início às grandes reformas administrativas, v.g., privatizações, abertura do mercado e desregulamentações.

Entretanto, para equilibrar a atual fase histórica, o Judiciário brasileiro deve assumir uma postura mais intervencionista no cumprimento dos contratos e na interpretação da lei, com o escopo de promover a justiça social. Notadamente após a Constituição Federal de 1988 e a edição de diplomas como o Código de Defesa do Consumidor, e do Novo Código Civil; tem-se verificado uma tendência em se perquirir a justiça social, mesmo que para isso se dê novo sentido à lei ou se revise o negócio jurídico. Nesse sentido, escreveu Orlando Gomes¹:

Orienta-se modernamente o Direito no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais de cunho meramente egoístico.

Corrige situações injustas a que conduziu, quando imperava na órbita política e econômica, o liberalismo, dando-lhes conteúdo mais humano, social e ético. Tende, em resumo, para a socialização e a moralização, na conformidade das convicções a esse respeito dominantes.

O Direito das obrigações elaborado no século XIX, calcado no Direito Romano e aperfeiçoado principalmente na Alemanha, pela Escola das Pandectas, concorreu para o desenvolvimento econômico, mas legitimou abusos, ao favorecer a prepotência das pessoas economicamente fortes.

¹ GOMES, Orlando. **Transformações Gerais dos direitos das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 2-3.

É cediço que a Constituição deixou de atuar somente no campo público e passou a se interessar também pela esfera privada dos direitos particulares. Na contemporaneidade o sistema constitucional relega o patrimônio a segundo plano e elegeu como epicentro, a pessoa humana e os seus valores existenciais.

Logo, a personalidade mais que um direito é um valor. Daí a solidariedade adquire peso jurídico, com reflexos na restrição da autonomia da vontade. Há, assim, um intervencionismo do Judiciário na proteção do pólo mais fraco e do interesse coletivo.

Desse esboço, observe-se que o contato do intérprete com o objeto do conhecimento não é feito de forma direta. Assim, não há uma imediatidade na relação entre esses dois elementos. Logo, haverá, para Gadamer, sempre um conteúdo intermediador cognominado de mediação, que conferirá contornos e matizes que não fazem parte da estrutura principal da coisa perscrutada.

Do estudo perscrutado até agora, identificamos o fenômeno da mediação no instituto da posse. Ora, fomos acostumados a interpretá-la a partir da mediação das idéias da Revolução Francesa. Essa ideologia pregava o liberalismo e a não ingerência do Estado. Logo, a concepção clássica da posse partia da premissa que era um valor absoluto e que o Estado não podia intervir para gerar justiça social.

Com a mudança de paradigmas da pós-modernidade, passou-se a sublimar o vetor do Estado Democrático de Direito, da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Esses novos mediadores quando aplicados a interpretação da posse geraram uma outra visão, qual seja a função social da posse. Nessa perspectiva, houve a relativização desse instituto, a punição do abuso desse direito e um sistema de desestímulos a terra improdutiva.

Ressalte-se que o núcleo da posse, em nada mudou, porquanto continua sendo o poder de usar a coisa dando a mesma destinação que o seu senhor faria. Inobstante, ao passo que transplantamos o mediador, do foco dos ideais de 1789, e partimos para os vetores democráticos, o produto da interpretação se metamorfoseia, gerando novos efeitos.

Nesse espectro, constatamos que as coisas que estão sob nossa interpretação, podem mudar diametralmente de significado, a medida que os mediadores forem modificados. Com isso sua

aplicação na realidade gerará novos resultados, mais condizentes com as expectativas da sociedade.

3.2 NOVAS TENDÊNCIAS INTERPRETATIVAS DO INSTITUTO DA POSSE

Frente a mudança de paradigmas, houve o que se convencionou chamar de crise da pós-modernidade. Trata-se do movimento que pôs em cheque uma série de conceitos vetustos que o Direito, por séculos, havia incorporado.

Nessa conjuntura, é preciso entender o Direito moderno a fim de dar uma interpretação à posse, cônsona com o Estado Democrático de Direito. Esse conceito apreghoa uma justiça material nas relações humanas e o efetivo exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Desta feita, a proteção da pessoa nas suas relações privadas não se esgota na garantia dos direitos subjetivos, como o fora tradicionalmente. Assim, a garantia dos direitos de primeira dimensão não são suficientes para rebelar as situações de iniquidades.

Portanto, no afã de acompanhar as vicissitudes históricas e as novas demandas sociais a posse foi ganhando uma nova nuança. Trata-se de uma concepção advinda da segunda dimensão dos direitos fundamentais. Essa classe de direitos é marcada por uma atitude proativa do Estado frente aos particulares. Logo, o Estado lança mão dos institutos jurídicos como agentes transformadores da realidade em benefício da população.

A partir dessa releitura dos institutos civis, utilizando-se das lentes do direito público, foi que as cartas constitucionais mais modernas insculpíram entre os direitos fundamentais do ser humano, a pilastra da função social da propriedade. Nesse espectro, a Constituição Federal Brasileira professa: Art. 5º, XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social.”²

Aplicando-se analogicamente esse princípio, entrevê-se a idéia de uma função social da “posse”. Desta feita, com muito mais razão há que se exigir daquele que não é proprietário, mas que apenas aparenta-se como tal, que aja de acordo com o que se exige do titular de um

² VADE MECUM. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos, Windt, Livia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 08.

bem, dando produtividade e utilização cônsona com o direito e com os fins sociais.

Deveras, o direito não existe para legitimar injustiças. Para que o domínio de um bem da vida mereça o agasalho legal precisa que se dê a destinação constitucional adequada aos objetivos eleitos pelo nosso Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, na nossa realidade política, o Estado exige que o possuidor utilize a coisa dando o seu devido fim econômico, qual seja a produção de riquezas. Em um mundo voltado para a circulação de mercadorias não se admite que a terra sirva como bem ocioso. Ela deve funcionar de acordo com o que foi ordinariamente previsto e gerar progresso para a coletividade. Exemplo disso é a previsão constitucional do IPTU progressivo sobre as terras improdutivas, culminando em sua desapropriação.

Em continuidade à evolução interpretativa e adaptação do instituto da posse, observa-se a sua concatenação com a terceira dimensão dos direitos fundamentais, que traz a proteção dos direitos difusos. Essa classe de direitos caracteriza-se, basicamente, por uma indeterminação de titulares, haja vista os seus efeitos se espraiam pela coletividade. Nesse pórtico, exige-se atualmente da posse, que seja exercida com respeito ao meio ambiente.

Deveras, foi ossificado em nosso Ordenamento, o instituto do abuso de direito. Trata-se de casos nos quais, embora se tenha direito ao uso da coisa, no momento em que se extrapola a sua utilização racional e se passa a prejudicar outrem, o direito se transforma em ilícito. Portanto, o titular da posse tem o dever de exercer o seu direito em consonância com a proteção ao meio ambiente, sob pena de incorrer em abuso de direito.

No que pertine aos direitos de quarta geração, é preclara uma preocupação com os valores mundiais, tais como a paz, a autodeterminação dos povos e o respeito às minorias. Nesse diapasão, muitas são as situações em que o exercício indevido da posse desrespeita as minorias.

Ora, em determinados casos, a Constituição destinou a um determinado grupo a posse permanente sobre uma área, em detrimento de qualquer outra pessoa. Nada obstante, atitudes de violência física e econômica tem privado esses destinatários constitucionais do acesso à terra.

Essa situação configura a realidade dos indígenas do Brasil. Aos serem expulsos de suas terras, por violência particular ou governamental, foram preteridos em favor de particulares que não exercem a devida função social da posse, por ferir o mandamento constitucional que dá aos silvícolas a exclusividade de posse sobre a terra que habitam.

Só com o desvendar do específico sentido da posse na seara indígena e com a efetivação de seus mandamentos é que se começará a alcançar a função social dos direitos reais, tão colimada pelo Ordenamento.

Nesse diapasão, Jürgen Habermans³ critica as soluções encontradas pelo liberalismo para preservação dos direitos das minorias, haja vista, seu conteúdo genérico e egoístico não ser apropriado para solucionar, com justiça, todos os conflitos vividos existentes na realidade.

Acontece que não se pode infligir às minorias, o mesmo tratamento dado a totalidade da população civil. Assim, além da imperiosidade de conferir justiça social no tratamento da posse para a sociedade, há ainda a necessidade de conferir disciplina jurídica diversa para as minorias.

Parafraseamos, a seguir, o pensamento de Habermans⁴:

O pensamento liberal tem por objetivo proteger a liberdade do indivíduo enquanto cidadão da sociedade (liberdades subjetivas iguais para todos). Essa visão, porém, permite o surgimento de uma interpretação egoísta da liberdade.

A liberdade ética igual para todos cai em contradição consigo mesma no decorrer da execução do programa liberal, pois uma Constituição liberal garante a todos os cidadãos a igual liberdade de configurar sua vida seguindo os ditames de sua própria concepção do bom.

Daí a retomada pelo republicanismo, de uma idéia de liberdade ampliada intersubjetivamente e ligada ao papel de cidadão democrático (solidário, participativo).

Mesmo assim, a fusão entre cidadania do Estado e cultura nacional gera uma interpretação dos direitos dos cidadãos insensíveis às diferenças culturais. Por isso, no âmbito

³ HABERMANS, Jürgen. Entre naturalismo e religião. **Estudos filosóficos**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007.

⁴ Ibidem., p. 301-347.

de sociedades pluralistas, quando se atribui precedência política a um bem comum impregnado politicamente em detrimento da garantia efetiva de liberdades éticas iguais, gera-se discriminação de modos de vida divergentes.

Direitos culturais decorrem da proteção à dignidade humana, pois deve-se assegurar ao homem igual acesso aos padrões de comunicação, às relações sociais, às tradições e condições de reconhecimento, os quais são necessários ou desejáveis para o desenvolvimento, a reprodução e a renovação de sua identidade pessoal. Daí assegura-se direitos coletivos (direitos de certos “grupos de identidade”).

Direitos coletivos autorizam grupos culturais a manter recursos e a disponibilizá-los para que seus membros possam lançar mão deles a fim de formar e estabilizar sua própria identidade pessoal.

Assim, uma vez que o procedimento democrático faz a legitimidade das decisões depender das formas discursivas de uma formação inclusiva da opinião e da vontade, as normas destinadas a garantir iguais direitos só podem surgir quando se tem conhecimento dos fardos diferenciados que implicam e após a avaliação desses fardos.

Apenas o universalismo igualitário que exige iguais direitos, sem deixar de ser sensível às diferenças, tem condições de satisfazer as exigências individualista que consiste em garantir eqüitativamente a integridade vulnerável do indivíduo que é insubstituível e cuja biografia é inconfundível.

Pelo exposto, corrobora-se com a interpretação feita pelo autor que é necessária uma disciplina jurídica própria para proteger devidamente às minorias.

Assim, em uma análise do direito à posse de suas terras, é mister uma legislação que traga outros critérios identificadores da existência da posse, bem como novas formas de proteção, tudo de acordo com a realidade vivida por determinada classe desfavorecida.

Na situação dos índios, é preciso verificar a sua cultura, sua relação com a terra, as agressões sofridas no passado e a dizimação vivida no presente, para esquadriñar um conjunto normativo hábil a conferir justiça ao trato da posse de suas terras.

4 A VISÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO APLICADA À POSSE INDÍGENA

A Constituição Federal de 1988, ao constituir o Brasil em um Estado Democrático de Direito, firmou um compromisso maior com os valores da cidadania, dignidade da pessoa humana; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza; marginalização; e das desigualdades sociais e regionais.

Nesse pórtico, abandonou o trato eminentemente egoístico, utilitário e capitalista que direcionava à posse, por influência do liberalismo.

Com o avançar da história e da consciência política e jurídica, a posse passou a ter uma função social, no sentido de geração e distribuição justa de riquezas. Esse novo paradigma democrático orientou os países a projetarem na posse, uma tendência de proteção às minorias, a partir de leis que consagassem as novas características constitucionais, com as especificidades necessárias para preservação de um grupo diferente.

Nesse contexto, observa-se a aplicação da ideologia do Estado Democrático de Direito na preservação de uma posse da minoria indígena, que vê nesse instituto a preservação de sua existência e identidade.

4.1 A POSSE NO ÂMBITO INDÍGENA: DISTINÇÃO

A posse indígena não pode ser confundida com aquela posse de cunho estritamente civil.

Para o Direito Civil, a posse é uma relação material com a “res”, na medida em que seu titular guarda e age como senhor do bem. Nessa posse há uma vinculação ao conceito de propriedade, posto que se busca proteger uma relação de fato que aparenta todos os traços de uma relação de domínio.

Já a posse indígena é preliminar a qualquer outra relação. Não pode ter sua proteção subordinada a existência de uma aparência com a propriedade ou confundida meramente com a posse civil ou ocupação geral, que decorre de transferência a terceiros.

O constituinte federal de 1988 ossificou as peculiaridades da posse indígena quando esculpiu o seu art. 231, §2º, “*in verbis*”: Art. 231, § 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.”⁵

⁵ VADE MECUM, *op.cit.*, p. 69.

Há que se buscar os elementos caracterizadores da posse indígena no instituto do indigenato, que confere uma relação jurídica inaugural entre a terra e os seus primeiros ocupantes. Aliado a isso, verifica-se a forma de os índios se relacionarem com a terra, por meio de um modo de vida tradicional que se perdura pelo tempo.

Entrevê-se no retromencionado dispositivo uma intenção de dar nova roupagem à posse. Encontra-se nesse sentido uma busca pela cultura dos índios, para definir quais as terras sobre sua posse. É por meio de seu modo de vida, ou seja, a tradicionalidade de sua relação com a terra que se pode dizer que uma terra está na posse dos silvícolas.

Quando a Constituição fala que as terras tradicionalmente ocupadas serão de posse permanente dos índios, não se procura saber a quantidade de anos que a população habita a gleba. Deveras, o que se investiga é se os índios empregam a tradição de seus antepassados e de seus costumes peculiares na ocupação da terra, na inter-relação com seus elementos vivos bem como pelas práticas das atividades religiosas, lúdicas e recreativas pelos primitivos.

A destinação da terra para a prática de atividade produtiva, também é outro fator que caracteriza a posse indígena. Haja vista que é da cultura popular aborígene uma destinação útil do seu ambiente, na moradia, ou na extração dos recursos, ainda que não seja nos moldes capitalistas atuais.

Preclara é a lei ao diferenciar a posse aplicada aos indígenas e aos civis. Sua intenção com isso foi imprimir efeitos diversos a esses institutos. Quando se referir ao âmbito aborígene, a posse deve ser encarada de forma mais flexível, ou seja, não se exige rigorismo na verificação de requisitos civis para se conferir proteção à permanência dos índios em sua terra.

Portanto, o real alcance do conceito da posse indígena tem o afã de salvaguardar a subsistência física e cultural do índio.

4.2 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL SOBRE DIREITOS INDÍGENAS

A disciplina da posse indígena na realidade constitucional brasileira teve as suas bases traçadas eminentemente pela Constituição Federal. Logo, para que essa posse seja devidamente compreendida, precisa que se conheça o pensamento constitucional a respeito.

As legislações brasileiras sempre trataram sobre o direito dos índios à posse de suas terras. Remontam ao Brasil-colônia as primeiras referências a esse tema, tendo sido retomado pelas leis no Império e durante toda a fase republicana.

Nada obstante, foi com a Constituição de 1988 que o Brasil avançou significativamente na ampliação dos direitos indígenas e que galga alcançar a efetividade de seus postulados. Citamos os principais a seguir:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e o direito originário às terras que tradicionalmente ocupam, competindo a 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 ao 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 à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

[...]

§ 4º - As terras de que trata esse 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, garantindo, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenha por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o artigo

[...] ⁶

⁶ VADE MECUM, op.cit., p. 45

Ao lume do expositado, percebe-se que os direitos dos índios no Brasil giram em órbita da posse de suas terras. A partir da efetivação desse direito fundiário é que se pretende preservar a identidade, resgatar a cultura e os demais direitos dos silvícolas.

Observe-se que na medida em que a posse indígena foi tratada no cerne da CF, suas normas passam a ser interpretadas como de ordem pública. Logo, devem ser implementadas pelo Judiciário, *ex officio*, independente de argüição da parte. Sendo impossível a sua prescrição.

Outra interpretação a que se pode chegar é que a posse do índio às suas terras tem natureza de direito fundamental. Destarte, segundo os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet⁷, ainda que o direito não esteja incluso no catálogo do artigo 5º da CF, é possível a sua configuração como direito fundamental, para isso é preciso conter uma decisão fundamental sobre a estrutura básica do Estado, que tenha uma equivalência com os demais direitos fundamentais do catálogo, bem como que tenha direta imbricação com a dignidade da pessoa humana. Acerca dos direitos fundamentais, cita o autor:

Direitos Fundamentais são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram por seu conteúdo e importância integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não assento na Constituição formal.

A consequência hermenêutica de se considerar a natureza da posse indígena como direito fundamental exsurge com o tratamento previsto pela Constituição para essa classe especial. Assim preceitua o § 1º, do art. 5º da CF 88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.⁸

Por conseguinte, as normas previstas no art. 231, CF, tem efeito concreto, ou seja, são auto-aplicáveis, haja vista não precisarem de complementação legislativa para sua efetivação na realidade.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 91.

⁸ VADE MECUM, op.cit.

Assim, malgrado o legislador ordinário já ter disciplinado a matéria na Lei 6.001/73, diploma conhecido como Estatuto do Índio, seria possível aplicar diretamente os dispositivos constitucionais independente de positivação ordinária.

Outrossim, a característica de direito fundamental também confere à posse indígena a conotação interpretativa de cláusula pétrea (art. 60§ 4º, CF 88) . Dessa feita, o legislador constitucional derivado não poderá diminuir as previsões normativas previstas na Constituição para a tutela da posse indígena.

Contudo, a importância do tema estar gravado na própria Constituição eleva-se quando considerado um possível conflito das normas que protegem a posse particular e a posse indígena. Nessa situação, os dispositivos constitucionais indígenas teriam que ser interpretados com preponderância, por serem hierarquicamente superiores.

Já no caso de conflito aparente com outros dispositivos constitucionais, teriam o conflito resolvido a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, posto que se os direitos indígenas também são direitos constitucionais não é possível a extirpação de nenhum, antes uma conciliação no caso concreto.

5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CONFLITO ENTRE POSSE NO SISTEMA CLÁSSICO E NO SISTEMA CONSTITUCIONAL INDIGENISTA

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como proibição do excesso, não tem previsão expressa na Constituição Federal. Contudo, foi reconhecido como princípio implícito, decorrente do devido processo legal.

Esse princípio é composto pelos elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Busca-se, respectivamente, o meio mais hábil para se conseguir o fim desejado, que esse mecanismo seja o menos traumático possível e que se conciliem os interesses em jogo.

O correto uso desse princípio determina apenas a prevalência de um princípio sobre o outro no caso concreto e não sua eliminação. Logo, sempre se aplicará à relação apreciada, o núcleo mínimo do princípio.

A sua aplicação tem se mostrado indispensável na colisão entre direitos fundamentais que ocorrem em alguns casos concretos. É

corrente a aplicação do princípio da proporcionalidade no conflito entre a posse tradicional e a posse indígena, baseada numa visão democrática do direito.

De um quadrante existe a proteção à propriedade/ posse particular, como forma de garantir o patrimônio dos cidadãos. Entretanto, deve-se entender que a proteção que a Constituição lhes garante é apenas de forma geral. Portanto, excepciona essa prerrogativa sempre que outras razões em jogo mostram-se mais relevantes ao interesse público e à justiça social. É o caso das desapropriações por interesse público e as requisições administrativas.

Por outro lado, é preciso assentar que a relação do índio com a terra é mais que uma relação econômica, porquanto se traduz numa interação ecológica. Por conseguinte, a retirada de um índio do seu habitat é mais traumática que o desalojamento de um não-índio de sua terra.

Agregue-se que ao proteger a posse de terras indígenas, está também zelando pelo erário público, haja vista que a propriedade das terras de posse indígena é de titularidade da União.

Por fim, saliente-se que o particular que foi desintrusado da terra indígena não perderá o seu patrimônio. Destarte, este civil será devidamente indenizado pelas benfeitorias de boa-fé presente naquela terra.

Da apreciação do conflito em comento, vislumbra-se uma colisão aparente entre, de um lado, o direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à diversidade cultural dos índios, e, do outro, o direito de posse clássica ou propriedade dos titulares da área.

A missão do princípio da proporcionalidade é fazer prevalecer o princípio que esteja mais cônsono com os objetivos e fundamentos do Estado, dentre eles destaca-se reduzir as desigualdades sociais e gerar a justiça distributiva.

Assim, verifica-se, que, no caso concreto, a relação do índio com a terra deve ser vista como mais importante que a correlação econômica que o particular tem com o quinhão. Deveras, a sublimação do interesse indígena é mais condizente com a Constituição Federal que o mero privilégio ao patrimônio particular e portanto, via de regra, deve haver a sua prevalência.

6 CONCLUSÃO

O paradigma da equidade, cristalizado pelo Estado Democrático de Direito, busca conferir justiça material a partir da efetivação dos direitos fundamentais. Esse ideário assenta-se na sistemática da Constituição Federal de 1988, que consagrou como seu fundamento axiológico maior a dignidade da pessoa humana.

Logo, tal parâmetro hermenêutico deverá orientar a todos os institutos da Ordem jurídica, que doravante, substituirão a concepção liberal burguesa, que por séculos mediou a visão dos institutos jurídicos.

Nesse diapasão, a posse tem assumido outras interpretações, além da proteção de riquezas. Hoje, entrevê-se nesse instituto uma função socializante, que exige produtividade, redistribuição de renda, proteção ao meio ambiente e guarida das tradições das minorias. O desacato a essas exigências configurará abuso de direito e deverá ser desestimulado pelo Ordenamento.

A História conta a execração dos indígenas no país e como isso ameaça à manutenção de sua cultura. Uma das formas de garantir a perpetuação desses povos é por meio da salvaguarda dos seus direitos, máxime a proteção à posse das suas terras. Destarte, a terra para o indígena tem uma representação especial, haja vista que é por meio dela que os índios conseguem a sua subsistência e a prática das atividades que distinguem a sua etnia.

Os índios, mais que os outros indivíduos, precisam de instrumentos garantistas para manter a posse de seu espaço. Daí a importância da nova interpretação da posse trazida com a atual Constituição. Nesse sentido, a posse indígena deve ter sua existência aferida de forma mais flexível, a partir de outros requisitos além dos estritamente civis, tais como o indigenato e a tradicionalidade.

Dessa feita, a posse como direito fundamental do índio, deve ter uma prelação quando em conflito com os interesses particulares. Nada obstante, será mister fazer bom uso do princípio da proporcionalidade, para acastelar o pensamento condizente com o Estado Democrático de Direito, sem desprezar o núcleo mínimo dos direitos preteridos.

Só com uma nova leitura dos institutos clássicos, a partir de uma lente constitucional, será possível ponderar os direitos à posse e à dignidade da pessoa humana, a fim de implementar o paradigma da cidadania como bem maior que um Estado pode conferir ao seu povo.

7 REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1, tomo**: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. A demarcação de terras indígenas e a constitucionalidade do decreto 22/91. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, Brasília, n. 8, p. 110-120, jan./jun. 1996.
- BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006.
- COUTINHO, Ricardo Ramos. **As Terras Indígenas**. Direitos dos índios e Demarcação. Legislação, Doutrina e Jurisprudência. Disponível em : < www.funai.gov.br / Procuradoria – artigos>. Acesso em: 11 jun. 2007. p. 2-3.
- FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- HABERMANS, Jürgen. Entre naturalismo e religião. **Estudos filosóficos**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007.
- GALVÃO, Ilmar. **Terras Indígenas**. In: Doutrina STJ, Edição Comemorativa – 15 anos. Brasília, 2005.
- GOMES, Orlando. **Transformações Gerais dos direitos das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- SANTILLI, Juliana. **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. 1. ed. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. Curitiba: Juruá, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2006.
- VADE MECUM. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos, Windt, Lúvia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- VALE, Ionilton Pereira do. **As dimensões dos Direitos Humanos Fundamentais**. Rio de Janeiro-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2006.