

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA  
FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A QUESTÃO  
FUNDIÁRIA: A TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL**

**ITUVERAVA  
2012**

**SÍLVIA HELENA PEREIRA SILVA**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A QUESTÃO  
FUNDIÁRIA: A TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL**

**Trabalho de Conclusão de Curso,  
apresentado à Faculdade Doutor  
Francisco Maeda. Fundação Educacional  
de Ituverava para obtenção do título de  
Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. MS. Manoel Ilson  
Cordeiro Rocha.**

**ITUVERAVA**

2012

**SÍLVIA HELENA PEREIRA SILVA**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A QUESTÃO FUNDIÁRIA: A  
TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL**

**Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do título de Bacharel em Direito.  
Fundação Educacional de Ituverava. Faculdade Dr. Francisco Maeda.**

**Ituverava, 23 de outubro de 2012.**

**Orientador: .....**  
**Prof. Ms. Manoel Ison Cordeiro Rocha**

**Examinadora: .....**  
**Profa. Ms. Giovana Estela Vaz dos Santos**

**Examinadora: .....**  
**Profa. Ms. Renata Romani de Castro**

## **DEDICATÓRIA**

Ao meu marido, Eduardo, e aos meus filhos, Leonardo e Gabriel, amores da minha vida, dedico este trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, professor Manoel Ilson, pela confiança, pelo estímulo e pela beleza e consistência de sua atividade como educador;

Ao meu marido, Eduardo, e aos meus filhos, Leonardo e Gabriel, amores da minha vida, pelo carinho e compreensão pelo tempo de dedicação ao curso e ao presente trabalho;

Aos meus pais, pelo apoio, carinho e lições de vida;

A todos os meus familiares, que com certeza se alegrarão com mais essa conquista;

A todos os professores, pelos ensinamentos e pela paciência com a aluna sempre em busca de novas descobertas;

A todos os colegas de curso, pela convivência fraternal nesses cinco anos especiais;

A todos os funcionários desta Instituição, pelos anos de convivência;

A todos que, direta ou indiretamente, colaboraram para o êxito deste trabalho.

**A terra não pertence ao homem: é o homem que pertence à terra. Todas as coisas estão interligadas, como o sangue que une uma família. Tudo está relacionado entre si. Tudo que fere a terra fere também aos filhos da terra. O homem não tece a teia da vida: é antes um dos seus fios. O que quer que faça a essa teia, faz a si próprio.**

**Carta à Terra, Chefe Seattle**

## RESUMO

O objetivo central deste trabalho é analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) como legislador negativo e, principalmente, positivo, em questões fundiárias, em especial no caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. O estudo pretendeu verificar o poder legiferante do STF em razão das lacunas da lei, e sua atuação como Tribunal Constitucional. A metodologia proposta é qualitativa, tendo como instrumento privilegiado o estudo do caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, utilizando os métodos indutivo e dialético. Como última instância jurisdicional, cabe ao STF guardar a Constituição Federal e seus princípios, retirando do ordenamento normas que a contrariem, atuando como legislador negativo. Por vezes, o STF atua como legislador positivo, em razão das lacunas da lei e da possibilidade legiferante desse Órgão. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi um conflito que se estendeu por mais de trinta anos. Por sua visibilidade e repercussão, tornou-se um caso emblemático, onde o STF, desejando estender a decisão para as demais questões envolvendo a demarcação de terras indígenas, adotou dezenove condicionantes que deveriam ser observadas no cumprimento do artigo 231 da Carta Magna. Algumas dessas condicionantes representam verdadeira inovação legal, ou atuação do Pretório Excelso como legislador positivo.

**Palavras-Chave:** Terra Indígena - Estrutura Fundiária – Supremo Tribunal Federal -



## **SUMMARY**

The main aim of this paper is to analyze the performance of the Supreme Federal Court (STF) as a negative lawgiver and, mainly positive lawgiver, on land issues, in particular in the case of the limitation of the Terra Indígena Raposa Serra do Sol. The study intended to verify the power legislating of the STF because of loopholes in law, and its role as Constitutional Court. The proposed methodology is quantitative, having as main instrument the case study of the limitation of the Terra Indígena Raposa Serra do Sol, using the methods inductive and dialectical. As ultimately court, it is up to STF guard the Federal Constitution and its principles, removing legal orders that contradict it, acting like negative lawgiver. Sometimes the STF acts like positive lawgiver, because of loopholes in law and the possibility to legislate of this Organ. The limitation of the Terra Indígena Raposa Serra do Sol was a conflict which extended for more than thirty years. By its visibility and repercussion, it became emblematic case, where the STF, wishing to extend the decision to the other issues related t the limitation of indigenous lands, adopted nineteen conditioning that should be observed in the fulfillment of the Article 231 of the Federal Constitution. Some of these conditioning represent truly legal innovation, or performance of the Exalted Praetorium as a positive lawgiver

**Keywords:** Indigenous Lands – Agrarian Structure – Supreme Federal Court

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1 A QUESTÃO FUNDIÁRIA NO BRASIL .....</b>	<b>20</b>
<b>1.1 A TRADIÇÃO NACIONAL DE MONOCULTURA E LATIFÚNDIO</b>	<b>20</b>
<b>1.2 A DIVERSIDADE NACIONAL NA DISTRIBUIÇÃO DA TERRA... </b>	<b>27</b>
<b>1.3 A DEMANDA POPULAR POR TERRA E REFORMA AGRÁRIA.. </b>	<b>29</b>
<b>1.4 O DIREITO DOS ÍNDIOS À TERRA .....</b>	<b>37</b>
<b>2 NOÇÃO GERAL DE POSSE E PROPRIEDADE NO BRASIL</b>	
<b>.....</b>	<b>48</b>
<b>2.1 POSSE E PROPRIEDADE.....</b>	<b>48</b>
<b>2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE .....</b>	<b>50</b>
<b>2.3 BENS PÚBLICOS .....</b>	<b>53</b>
<b>2.4 TERRAS DEVOLUTAS .....</b>	<b>54</b>
<b>2.5 TERRAS INDÍGENAS .....</b>	<b>56</b>
<b>3 A CONDIÇÃO POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL</b>	
<b>FEDERAL .....</b>	<b>59</b>
<b>3.1 O FUNDAMENTO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>59</b>
<b>3.2 A ORIGEM E EVOLUÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	<b>63</b>
<b>3.3 A ESTRUTURA FORMAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E</b>	
<b>SUA COMPOSIÇÃO .....</b>	<b>65</b>
<b>3.4 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SUPREMO TRIBUNAL</b>	
<b>FEDERAL .....</b>	<b>68</b>
<b>3.5 A LACUNA DA LEI E O PODER POLÍTICO DO SUPREMO</b>	
<b>TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DA POSSIBILIDADE LEGIFERANTE</b>	
<b>.....</b>	<b>72</b>
<b>4 POSIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM</b>	
<b>QUESTÕES FUNDIÁRIAS .....</b>	<b>77</b>
<b>4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TERRA INDÍGENA</b>	
<b>RAPOSA SERRA DO SOL .....</b>	<b>82</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>93</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>97</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), como legislador negativo e positivo, em questões fundiárias, em especial no caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

O Brasil possui uma estrutura fundiária de concentração de terras de origens históricas, com imensas propriedades nas mãos de poucos, e que não se resolveu no decorrer do processo de desenvolvimento e industrialização do país. Atualmente, o Brasil ainda continua dependente da exportação de produtos agrícolas para equilibrar a balança comercial, e, com a política de incentivo maciço no agronegócio, tem perdido a oportunidade de promover a justiça social com a reforma agrária. Questiona-se se a reforma agrária, necessária para promover a justiça social para grande parte da população brasileira, seria incompatível com o desenvolvimento agrícola, tão importante para o país.

Entretanto, não é possível resolver os graves problemas fundiários existentes no Brasil sem contemplar os problemas envolvendo as terras indígenas. Dentre esses problemas, encontram-se, além da dificuldade ao reconhecimento do direito à diferença e à identidade, o que gera inúmeros preconceitos, até questões de cunho econômico, uma vez que há interesses de grupos econômicos envolvidos na extração de produtos naturais e na área de mineração nas terras ocupadas pelos índios. Ainda, devem ser lembradas as questões levantadas pela presença dos povos indígenas em regiões de fronteira, e suas implicações em temas como soberania e defesa nacional.

Por outro lado, nosso ordenamento jurídico se assenta na teoria da divisão dos poderes, mais recentemente, e adequadamente, nomeada de preponderância de funções dos poderes, vistos que eles não são estanques, mas interligam-se e se complementam.

Verifica-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal (STF) é a última instância jurisdicional, é o guardião da Constituição Federal e de seus princípios, possuindo uma função destacada no controle de constitucionalidade das leis. Nesse sentido, cabe ao STF, em última instância, decidir o que permanece ou não no ordenamento jurídico, em razão de eventual incompatibilidade constitucional, bem como interpretar a constituição, atuando muitas vezes como legislador, seja negativo, seja positivo.

Dessa forma, de capital importância a posição do STF sobre as questões que lhe cabem decidir. Nesse contexto insere-se a decisão do STF no caso da demarcação da Terra

Indígena Raposa Serra do Sol, caso paradigmático pela inclusão de dezenove condicionantes que passariam a ser observadas em todos os processos de demarcação de novas terras indígenas e que representariam uma inovação ao processo demarcatório.

Nesse sentido, o objetivo central do presente trabalho é analisar o significado e a repercussão das dezenove condicionantes adicionada à decisão do STF no caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Como objetivos específicos, foi feito um breve retrospecto histórico da questão fundiária, da demanda por terra bem como do direito dos índios a terra. Também foi feita uma breve análise do STF, sua composição e atuação como Tribunal Constitucional.

Para tanto, foi feita análise qualitativa do julgado do S.T.F. no processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em especial das dezenove condicionantes. Para isso, utilizaram-se os métodos indutivo e dialético. O primeiro, pelo fato de analisar um caso concreto a fim de se verificar a sua aplicação na generalidade dos fenômenos jurídicos. O segundo, por tratar-se de um embate entre os conceitos da ciência jurídica e sua real aplicação. Dialética entre o mundo do dever-ser e o mundo do ser.

O presente trabalho está dividido em quatro capítulos. No primeiro, é apresentado um breve retrospecto histórico da questão fundiária no Brasil, contemplando a tradição de latifúndio e monocultura, explicitando a diversidade nacional na distribuição da terra, bem como a demanda popular por terra e reforma agrária. Também foram abordados argumentos que fundamentam o direito dos povos indígenas à terra.

No segundo capítulo, são apresentadas noções gerais sobre posse e propriedade no Brasil, com os conceitos de posse, propriedade, função social da propriedade e outros correlatos, de modo a oferecer subsídios ao entendimento das relações jurídicas que envolvem as terras indígenas, bem como os elementos que fundamentam as desapropriações e demarcações dessas terras.

No terceiro capítulo, é feita uma breve análise da condição política do STF, sua origem, estrutura, bem como sua condição de Tribunal Constitucional, e, conseqüentemente, o poder político do STF diante da possibilidade legiferante.

Por fim, no quarto capítulo, são apresentadas algumas posições do STF em questões fundiárias e, ao final, são trazidas considerações sobre a decisão do STF na demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em especial das dezenove condicionantes, que representam a junção das ideias elencadas nos capítulos anteriores.

# 1 A QUESTÃO FUNDIÁRIA NO BRASIL

## 1.1 A TRADIÇÃO NACIONAL DE MONOCULTURA E LATIFÚNDIO

Ao procurar a origem do sistema fundiário do Brasil, baseado na monocultura e no latifúndio, deparamo-nos com Tratado de Tordesilhas, assinado aos 7 de junho de 1494 entre Portugal e Espanha, então as duas maiores potências mundiais. Por esse tratado, os dois países dividiram as terras que porventura viessem a serem descobertas. O referencial adotado foi uma linha imaginária do Polo Ártico ao Antártico, distante 370 léguas das ilhas de Cabo Verde, em direção ao poente. As terras descobertas à esquerda da linha imaginária pertenceriam à Espanha, ao passo que as terras à direita pertenceriam a Portugal.

Como ressalta Marques (2011, p. 21), esse tratado foi importante juridicamente na formação do sistema fundiário do Brasil, pois Portugal adquiriu o domínio sobre as terras brasileiras, descobertas pelo português Pedro Álvares Cabral, mesmo que a posse tenha sido simbólica. O que dava legitimidade a esse direito de propriedade era o Tratado, que fora homologado pelo Papa Júlio II numa época em que a Igreja Católica possuía autoridade incontestável.

Cardim; Vieira; Viégas (2002, s.p.), afirmam que no princípio, “ocorre a extração do pau-brasil, caracterizada pelo escambo entre o índio e o colonizador português. Esta fase estendeu-se por aproximadamente trinta anos. A exploração da madeira entretanto, esteve presente durante todo o período colonial”. Afirmam, ainda, que a seguir, com o início da colonização, foi instituído o regime das sesmarias e adotado o sistema de capitâncias hereditárias.

Como titular do domínio sobre o território brasileiro então descoberto, Portugal incumbiu a Martin Afonso de Sousa a difícil e grandiosa tarefa de colonizar o Brasil, em 1531. A imensidão do território a ser colonizado levou o governo português a deflagrar o processo doando, em caráter irrevogável, a Martin Afonso de Sousa, uma extensão de cem (100) léguas de terras, através de uma Carta patente datada de 20.01.1535. Essa doação talvez seja a raiz do processo de formação de latifúndios em nosso país, tendo em vista que cem (100) léguas de sesmarias correspondiam, naquela época, a seiscentos e sessenta (660) quilômetros, uma vez que uma légua de sesmaria media em torno de seis mil e seiscentos metros (6.600). Destaque-se que essa medida era apenas na linha horizontal da costa marítima brasileira, pois a carta de doação não especificava os limites para o interior, com a expressão “*tanto quanto puderem entrar*” (OLIVEIRA, 2009, p. 22-23).

Ainda, D. João III, rei de Portugal, ao nomear Martin Afonso de Souza Governador-Geral, lhe deu poderes de “*conceder terras às pessoas que consigo viessem e quisessem aqui*

*viver e povoar, inclusive com efeito de transmissão causa mortis*” (MARQUES, 2011, p. 23)(itálico do autor). Ao receber as terras, o sesmeiro tinha a obrigação de colonizar a terra, ter nela sua moradia habitual, bem como cultura permanente, demarcar os limites das áreas, as quais deveriam ser posteriormente confirmadas e pagar os tributos. Caso o sesmeiro não cumprissem as condições num prazo de dois anos, as terras concedidas poderiam ser retomadas e dadas a outras pessoas. De acordo com os historiadores, “as concessões de terras eram feitas a pessoas privilegiadas que, não raro, descumpriam as obrigações assumidas e limitavam-nas ao pagamento dos impostos – o que não é de se estranhar” (OLIVEIRA, 2009, p. 24).

Saliente-se, também, que muitos trabalhadores vindos de Portugal, na esperança de obterem terras, acabavam por ocupar pedaços de sesmarias desocupadas ou áreas não distribuídas, o que contribuiu para a formação de minifúndios.

Oliveira conclui que o instituto das sesmarias no Brasil teve dois lados. Um deles, positivo, “por influenciar a colonização e povoamento do interior do país, que se consolida em dimensões continentais”. O segundo, prejudicial, “por ter gerado vícios no sistema fundiário brasileiro até os dias atuais” (OLIVEIRA, 2009, p. 25).

Por questões relacionadas ao mercado mundial e da condição de colônia, prevaleceu o cultivo de um só produto, a monocultura, cujo desenvolvimento foi baseado na exploração da mão-de-obra escrava trazida da África. Durante três séculos, esse foi o cenário da economia brasileira: a grande propriedade na mão de poucos privilegiados, o regime escravocrata e a monocultura voltada à exportação.

Em 17.07.1822 foi extinto o regime de sesmarias e, como apenas aos 18.09.1850 foi editada a Lei nº 601, denominada Lei de Terras, o Brasil ficou por muitos anos sem nenhuma legislação sobre terras. Esse período é conhecido como “extra legal” ou “das posses”, e a ocupação do território brasileiro foi realizada de forma desordenada. Nesse período, por falta de legislação sobre a posse da terra, homens livres ocuparam modestas áreas de terras devolutas. Esse número, contudo, foi pequeno e não chegou a mudar o perfil da estrutura fundiária brasileira, baseada no latifúndio monocultor, explorado com mão-de-obra escrava e voltado para o mercado mundial.

Dessa forma, no ano de 1850 ocorreram duas alterações sociais relevantes no panorama da época, a proibição do tráfico negreiro da África para o Brasil, devido a pressões externas, principalmente do governo inglês, e a promulgação da Lei de Terras. Martins (1995, p. 41) afirma que antevendo o fim da escravatura, “as classes dominantes tomaram providências de ordem legal para encaminhar o processo de substituição do escravo sem

prejuízo para a economia da grande lavoura”. Nesse contexto, a promulgação da Lei de Terras proibia a abertura de novas posses, proibindo as aquisições de terras por outro título que não fosse o de compra.

Essa proibição era dirigida contra os camponeses da época, aqueles que se deslocavam para áreas ainda não concedidas em sesmarias aos fazendeiros e ali abriam suas posses. Nos anos seguintes, ficará claro o sentido dessa medida. Diante do fim previsível da escravidão, era previsível também, como aliás já o menciona a própria Lei de Terras, o advento de uma modalidade de trabalho livre que permitisse a substituição do escravo sem destruir a economia da grande fazenda. O caminho para essa substituição estava na abertura de correntes migratórias de países que tivessem excesso de população. [...] Entretanto, a imigração não surtiria o efeito esperado se os imigrantes encontrassem no Brasil vastas áreas de terras livres que pudessem ser simplesmente ocupadas, como já ocorrera na primeira metade do século. A Lei de Terras transformava as terras devolutas em monopólio do Estado e Estado controlado por uma forte classe de grandes fazendeiros. Os camponeses não-proprietários, os que chegassem depois da Lei de Terras ou aqueles que não tiveram suas posses legitimadas em 1850, sujeitavam-se, pois, [...] a trabalhar para a grande fazenda, acumulando pecúlio, com o qual pudessem mais tarde comprar terras, até do próprio fazendeiro. O esquema era claro: mediante o trabalho árduo, os trabalhadores livres poderiam acumular e, em consequência, transformar-se em pequenos proprietários de terra (MARTINS, 1995, p 42).

Ainda, em decorrência da Lei de Terras foi o fechamento da fronteira agrícola, estabelecendo que a posse de terras públicas somente seria permitida mediante pagamento de alta soma em dinheiro. “A nova legislação impediu o acesso à terra dos brancos e mulatos pobres, dos negros e dos imigrantes europeus, que começavam a desembarcar no Brasil, após o fim do tráfico de escravos” (REIS, 2004, s. p.).

A outra consequência social dessa lei foi a consolidação do grande latifúndio como estrutura básica da distribuição de terras no Brasil. Aqueles que tinham recebido as sesmarias regularizaram suas posses e transformaram-nas em propriedade privada, assegurando, assim, o domínio da principal riqueza do país: suas terras (STÉDILE, 1997, p. 11).

A primeira constituição republicana, de 1891, transferiu as terras devolutas para os estados, determinando que cada um desenvolvesse sua política para concessão de terras. Dessa forma, principalmente nas regiões sul e sudeste, iniciaram-se grandes transferências de terras para grandes fazendeiros e empresas de colonização interessadas na especulação imobiliária.

A questão agrária é contemplada no Código Civil de 1916, que, contagiado pela atmosfera privatista da época, estabelece a plenitude do direito de propriedade, assegurando ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem injustamente os possuísse.

A Constituição de 1934, democrática e social, relacionava o conceito de propriedade com o interesse social ou coletivo, mas não chegou a ser efetiva, pois teve duração muito

curta, sendo substituída pela Constituição de 1937, de inspiração fascista e autoritária.

Por sua vez, a Constituição de 1946 apresentou algumas mudanças em relação ao direito de propriedade, que sofreu restrições, possibilitando a desapropriação por utilidade pública ou por interesse social. O uso da propriedade estava condicionado ao bem-estar social e a lei poderia promover a distribuição justa da propriedade, com igual oportunidade para todos. Ainda, previu que a lei facilitaria a fixação do homem no campo.

Durante os anos 30 e 40, o país passou por uma série de transformações. As eleições ocorridas em 1946 de certa forma podem ser caracterizadas como um marco nesse processo: pela primeira vez era eleita democraticamente uma Assembleia Constituinte, com a finalidade de elaborar a nova carta constitucional brasileira. Embora a maioria de seus membros fosse conservadora, representando os interesses dos fazendeiros, uma bancada de doze deputados e senadores do Partido Comunista Brasileiro, que obtiveram o terceiro lugar no cômputo geral de votos no país e gozavam de grande prestígio popular, teve papel destacado. Foi nessa Constituinte que pela primeira vez se falou na necessidade de uma reforma agrária, ou seja, defendeu-se a tese de que a propriedade das terras no Brasil estava concentrada nas mãos de uma minoria, e que isso constituía grave problema, pois impedia o progresso econômico do meio rural e a distribuição de renda e justiça social. Para enfrentar esse problema era necessário, portanto, fazer uma reforma no modo como a propriedade da terra se dividia – uma reforma agrária que distribuisse terras a quem nelas quisesse trabalhar. Essa ideia foi apresentada como projeto de lei pelo senador Luís Carlos Prestes (STÉDILE, 1997, p. 11-12).

Assim, aparecia o conceito de uso social vinculado à propriedade da terra. Contudo, a simples previsão constitucional não era suficiente para garantir uma política de distribuição de terras, e, sem a distribuição de terras, impedir o surgimento de conflitos sociais, muitos deles violentos.

De um lado, enormes contingentes de camponeses pobres, que haviam colonizado ou habitado certas regiões como posseiros; de outro, supostos proprietários, em geral grileiros, denominação dada àqueles que falsificavam os títulos de propriedade nos cartórios e se atribuíam o direito à propriedade das terras (STÉDILE, 1997, p. 13).

Stédile (1997, p. 13) anota que na década de 60 ocorreu “o terceiro momento importante na história da questão agrária brasileira”. Havia inúmeros problemas sociais no campo, com a existência de grande número de camponeses pobres, todavia não existia uma política governamental para solucioná-los. Nessa época, o Brasil ainda era basicamente agrícola, com a maioria da população vivendo no campo, apesar do crescimento do processo de industrialização do país.

Afirma, também, que a discussão sobre a questão agrária avançou em vários aspectos, com o fortalecimento dos movimentos camponeses e foram sendo consolidadas as propostas de reforma agrária, sob a influência de organizações políticas e partidárias. Finalmente, destaca a organização e participação de diversas pastorais da Igreja Católica, algumas progressistas, que apoiavam os camponeses, outras conservadoras, cujo objetivo era evitar a



disseminação do comunismo no meio rural.

Ao mesmo tempo, Martins (1995, p. 86) ressalta que Prestes, numa autocrítica, observava que nessa época, o Brasil “não era mais um Estado de latifundiários e de grandes capitalistas a serviço do imperialismo americano [...], mas um Estado de que participava também a burguesia interessada no desenvolvimento independente da economia nacional”. Nesse contexto, Martins (1995) anota ainda, que o PCB muda seu discurso, falando primeiramente em trabalhadores rurais e depois em camponeses sem terra.

Essa mudança de ênfase vai mudar também a concepção de ‘expansão do mercado interno’, restringida pelas relações de produção pré-capitalista e pelo monopólio da terra. É que a penetração capitalista no campo, além de aumentar o número de camponeses ricos, faz crescer também o número de camponeses proletarizados total ou parcialmente, aumenta o número de assalariados rurais, promove a emigração para as cidades (MARTINS, 1995, p. 86).

A Emenda Constitucional nº 10 “revelava nítida pretensão de promover a alteração na estrutura fundiária brasileira, dentro de uma nova concepção de política agrária que visa possibilitar o acesso à terra para todos” (OLIVEIRA, 2009, p. 53).

Logo em seguida à Emenda Constitucional nº 10, foi publicada a Lei nº 4.504, de 30.11.1964, que dispôs sobre o Estatuto da Terra. Conforme anota Oliveira (2009, p. 54), “esse grandioso diploma legislativo [...] corroborou a assertiva de que de fato buscava-se uma solução para o grave problema de distribuição da terra em nosso país”.

Martins (1995), contudo, discorda dessa análise, afirmando que, na verdade, buscava-se não a distribuição justa de terras, mas a reforma agrária que os grandes proprietários estariam dispostos a aceitar. Afirma que, muito antes do golpe militar de 1964, empresários organizados no Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES), no Rio de Janeiro e em São Paulo, “delegaram a um grupo de empresários e técnicos a tarefa de preparar um diagnóstico da situação fundiária brasileira e de proporem um projeto de lei de reforma agrária do ponto de vista da burguesia e dos grupos econômicos estrangeiros (MARTINS, 1995, p. 93)”. E prossegue salientando que

[...] esse projeto constituiu o miolo daquele que seria enviado no mesmo ano de 1964 ao Congresso Nacional, pelo governo do marechal Castelo Branco. Castelo diria mesmo, na mensagem de encaminhamento da proposta de reforma agrária da ditadura militar, que com essa medida o governo brasileiro honrava ‘os compromissos internacionais assumidos na Carta de Punta del Este’, como se sabe, um documento produzido por pressão do governo americano e da Aliança para o Progresso, tendo em vista obter dos governos latino-americanos medidas que modificassem a estrutura fundiária e aliviassem tensões que pudessem conduzir a revoluções como a cubana (MARTINS, 1995, p. 93-94).

A reforma agrária havia sido apresentada como medida que ampliaria o mercado interno, e que, portanto, interessariam à própria burguesia. Só que esta classe e grupos

estrangeiros tinham sua própria concepção sobre como promover mudanças fundiárias aumentando o mercado interno, e sua palavra chave era e tem sido modernização.

O Congresso Nacional rapidamente aprovou o Estatuto da Terra e uma emenda constitucional que permitia a desapropriação de terras por interesse social sem a prévia e justa indenização em dinheiro, regulamentando o pagamento em títulos especiais da dívida pública. Martins (1995) afirma que, embora tal medida fosse importante, ela seria atenuada nas consequências em virtude da restrição das desapropriações a áreas de tensão social.

O Estatuto faz, portanto, da reforma agrária brasileira uma reforma tópica, de emergência, destinada a desmobilizar o campesinato sempre e onde o problema da terra se tornar tenso, oferecendo riscos políticos. O Estatuto procura impedir que a questão agrária se transforme numa questão nacional, política e de classe (MARTINS, 1995, p. 96).

A Constituição de 1967, e, posteriormente, a Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, mantiveram a competência para a União legislar sobre Direito Agrário e desapropriação e impostos sobre a propriedade territorial rural. Permaneceu o direito de propriedade, com exceção da possibilidade de desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social. Trataram da função social da propriedade e estabeleceram que os planos que envolvessem desapropriação para fins de reforma agrária seriam aprovados por decreto do Poder Executivo. Previram que lei federal disporia sobre legitimação de posse e preferência à aquisição de até 100 hectares de terras públicas por quem as tornasse produtiva com seu trabalho e de sua família. Estabeleceram que não se faria, sem prévia autorização do Senado Federal, alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares, salvo para execução de planos de reforma agrária.

Na visão de Stédile (1997, p. 16), “os vinte anos do regime militar no Brasil representam um amordaçamento da questão agrária”. Os governos militares teriam estimulado o capitalismo na agricultura, baseado no latifúndio e nos interesses do capital externo, somado a um processo acelerado de industrialização, também baseado em investimentos de multinacionais.

Para os pobres do campo, camponeses que antes sonhavam com a reforma agrária e um pedaço de terra, os governos militares apresentaram apenas duas saídas sociais: a migração para as cidades para servir de mão-de-obra barata às indústrias, ou para as regiões ainda mais longínquas do norte do país, induzidos a isso pela falsa propaganda e pela construção de grandes estradas que cortaram a selva amazônica, como a Transamazônica, a Cuiabá-Santarém e a Cuiabá-Porto Velho. Essas rodovias seguiam uma lógica de ocupação de todo o território nacional menos habitado, para garantir o país contra ‘possíveis ameaças externas’, como diziam os militares na época (STEDILE, 1997, p. 16).

Nesse período, as principais organizações de camponeses foram proibidas e o debate

político, científico e acadêmico foi silenciado.

Na concepção de Stédile, o Estatuto da Terra representou um avanço em relação à legislação então existente, mas não chegou a ser posto em prática.

O Estatuto da Terra criou o Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário – INDA, que veio a se tornar o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

Com o fim do regime militar, ressurgiram os movimentos sociais de camponeses, bem como foi reacendido o debate político e intelectual sobre reforma agrária.

Não se pode esquecer que desde o período colonial a agricultura tem desempenhado um papel estratégico para a economia do país. A agricultura brasileira assistiu, ao longo de sua história, a ciclos sucessivos de produção de produtos agrícolas, que não raro identificam o ciclo histórico do país, como o pau-brasil, a cana-de-açúcar, o algodão, o cacau, a borracha e o café, e a partir da década de 60, a soja.

As políticas governamentais agrícolas adotadas entre as décadas de 1960 e 1980 buscavam incentivar, como uma de suas medidas prioritárias, a expansão da produção de commodities tendo como alvo o mercado consumidor externo, um grande atrativo face à necessidade de gerar divisas e melhorar a balança comercial do país. No cenário internacional dos anos 1970 e 80 observou-se a prevalência de uma política cambial que interferiu diretamente no preço da soja. A elevação do preço desta commodity no mercado externo levou o governo brasileiro a adotar uma política de concessão de linhas de crédito para os segmentos empresariais agrícolas que estivessem interessados na produção de soja e derivados, o que permitiu ao país passar, em um curto período de tempo, da condição de importador a um dos maiores exportadores mundiais desta commodity (QUEIROZ, 2004, p. 7).

Assim, o governo brasileiro manteve a postura de incentivo à monocultura baseada em latifúndios, agora centrada no agronegócio, como forma de equilibrar a balança comercial, dando seguimento à tradição de exportação de produtos primários, menos valorizados no mercado internacional. O regime militar brasileiro, ao invés de promover a reforma agrária, modernizou o latifúndio por meio do crédito rural fortemente subsidiado e abundante. Esse cenário aliado ao incentivo à cultura de soja proporcionou a incorporação das pequenas propriedades pelas grandes, pois a soja necessitava de maiores propriedades, e o crédito facilitava a aquisição de terra. Desta forma, quanto maior a propriedade rural, mais crédito o proprietário recebia e mais terra podia comprar.

A recessão mundial dos anos 80 desestabilizou o comércio internacional, principalmente no caso dos produtos agrícolas que tiveram sucessivas depreciações nos seus preços devido às drásticas quedas em sua demanda associadas à saturação do mercado de commodities. Consequentemente, os países com forte base agrária, como o Brasil, viram a elevação de suas dívidas externas para níveis estratosféricos, grande desequilíbrio nas balanças comerciais e cortes por parte do FMI aos créditos de incentivo à produção agrícola. No entanto, mesmo em meio a tais adversidades, o país manteve os incentivos para a expansão da fronteira agrícola, pois, mais do que nunca, necessitava aumentar suas exportações para gerar divisas e equilibrar sua Balança Comercial (QUEIROZ, 2004, p. 8).

Dessa forma, ao invés de promover a reforma agrária, o governo propiciou um cenário de maior concentração de terras, e o que é pior, subsidiadas, agravando o quadro de diferenças sociais e injustiças e esquivando-se, mais uma vez, de promover a tão necessária reforma agrária.

Pode-se afirmar que, atualmente, a reforma agrária é reconhecida como necessária por quase todos os setores sociais. A grande questão que se coloca é como e onde implementá-la.

## **1.2 A DIVERSIDADE NACIONAL NA DISTRIBUIÇÃO DA TERRA**

O Brasil é um país de dimensões continentais, com enormes diferenças entre as várias regiões, que vão desde o clima, a vegetação, passando por manifestações culturais diversas. Também em relação à distribuição de terras, há grandes diferenças entre as regiões. O país apresenta uma estrutura fundiária muito concentrada, vista em conjunto, mas com peculiaridades na sua posse e em seu uso, quando analisada por regiões.

A colonização do país se deu primeiramente no litoral, onde surgiram as primeiras cidades e centros produtores. De acordo com Cardim; Vieira; Viégas (2002), a região nordeste e a parte mais litorânea da região sudeste começaram a ser colonizadas desde o descobrimento. Minas Gerais e a região sul começaram a ser ocupadas no século XVIII. Por sua vez, Santa Catarina e Paraná foram ocupados de forma diferenciada entre o final do século XIX e início do século XX. Da mesma forma, e de modo análogo a essa ocupação, Mato Grosso do Sul e o oeste de São Paulo foram ocupados nos anos 30 e 40, enquanto Mato Grosso teve sua área titulada nos anos 70.

No Norte, temos uma ocupação do início do século (XX), com o ciclo da borracha, nos estados do Pará e Amazonas. Os outros, mantêm-se como território até a Constituição de 1988. Rondônia e Acre sofreram uma experiência colonizadora, por parte do INCRA, nos anos 70, resultando-os muito diferenciados do resto da região Norte. Roraima e Amapá continuam vazios. A porção abandonada de Goiás deu origem ao estado do Tocantins, recentemente incorporado à região Norte, passando por uma política de atração de investimentos e fluxos migratórios, para poder desenvolver-se (CARDIM; VIEIRA; VIÉGAS, 2002, p. 6).

A região Nordeste é bastante heterogênea, quando analisada do ponto de vista físico, podendo ser diferenciadas quatro regiões, o meio-norte, a zona da mata, o agreste e o sertão. O meio norte abrange os estados do Maranhão e Piauí, com características da região amazônica; a zona da mata está localizada próxima do litoral, compreendendo desde o Rio

Grande do Norte até a Bahia; o agreste é a zona de transição entre a zona da mata e o sertão, caracterizada por chuvas esparsas e secas periódicas, ainda na descrição dos mesmos autores.

Historicamente, com a proibição do tráfico de escravos para o Brasil, houve a necessidade de substituir a mão-de-obra barata nas plantações de café do sudeste.

De fato, a diferenciação da política de terras entre o nordeste e o sudeste tinha o seu sentido nos diferentes modos como a questão da força de trabalho livre se apresentava para os fazendeiros. No sudeste, particularmente em São Paulo, os trabalhos que eram rotineiramente executados por escravos passaram a ser realizados por colonos estrangeiros, sendo o colono um trabalhador livre [...]. No nordeste, a economia canavieira já havia entrado em crise antes da abolição da escravatura. Muitos escravos foram vendidos para os fazendeiros do Rio e de São Paulo, já que o café estava em pleno florescimento econômico. Lá não houve a entrada de trabalhadores estrangeiros livres para substituir os escravos. Tal substituição se deu com o emprego dos antigos moradores, dedicados a trabalhos marginais e a uma agricultura subsidiária de alimentos. [...] Assim, no nordeste o antigo camponês mestiço tornou-se essencial na cultura da cana, enquanto que no sul continuou marginal (MARTINS, 1995, p. 44).

Na região sul do país, as necessidades eram outras. As fronteiras ao sul do país precisavam ser povoadas, pois lá havia imensos vazios populacionais, o que frequentemente ameaçava a soberania nessas regiões, haja vista a tentativa de separação do estado do Rio Grande do Sul, durante uma revolução que durou dez anos, a Revolução Farroupilha. Assim, os imigrantes que chegaram a essa região algumas décadas antes receberam lotes médios de terra, sendo que a maioria obteve sucesso, progredindo.

Essa é uma das características de povoamento que explicam o fato de o estado do Rio Grande do Sul ser mais equilibrado que os demais, no que se refere à estrutura fundiária e à utilização da terra, praticamente sem latifúndios improdutivos e quase sem problemas de definição de títulos de propriedade (BRASIL, 1997, s. p.).

Pode-se afirmar que desde a promulgação da Lei de Terras, o governo empenhou-se na criação de núcleos coloniais destinados a pequenos proprietários, quase sempre imigrantes estrangeiros, com a intenção de produzirem gêneros de subsistência para o mercado interno. Essa política foi aplicada especialmente nos estados do Rio Grande do Sul, em Santa Catarina, no Paraná, no Espírito Santo, e, em algumas circunstâncias e regiões, também em São Paulo. “Entretanto, a imigração dos colonos para os núcleos coloniais foi insignificante em relação ao número de trabalhadores-colonos para as fazendas de café e que ultrapassou a casa do milhão em cerca de 30 anos após a abolição da escravatura” (MARTINS, 1995, p. 43).

Na atualidade, no recente Censo Agropecuário, de 2006, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), demonstra-se que a concentração de terras persiste no Brasil. De acordo com técnicos do IBGE, “as diferenças verificadas na área dos

estabelecimentos agropecuários continuam a caracterizar a manutenção da desigualdade na distribuição de terra no País nos últimos censos agropecuários” (FARID, 2009, s.p.).

De acordo com o IBGE, os estabelecimentos rurais de menos de 10 hectares ocupam menos de 2,7% da área total ocupada pelos estabelecimentos rurais, enquanto a área ocupada pelos estabelecimentos de mais de mil hectares concentram mais de 43% da área total.

Devido às grandes diferenças regionais na estrutura fundiária, torna-se inviável a definição de políticas fundiárias com índices nacionais. É preciso que se faça o mapeamento das questões fundiárias no Brasil para que os problemas regionais sejam resolvidos de forma mais adequada. Atualmente, apesar de avanços no processo de reforma agrária, não há um diagnóstico, apenas metas, que não se sabe se estão sendo efetivas. Dessa forma, é indispensável o diagnóstico dos problemas fundiários existentes que estão dificultando o desenvolvimento e aprofundando as dificuldades sociais, pobreza e miséria, bem como determinando a falta de crítica ao programa de Reforma Agrária, que privilegia o instituto da desapropriação. É preciso repensar as estratégias para que a reforma agrária ocorra de forma efetiva, atendendo aos anseios dos que dela necessitam.

### **1.3 A DEMANDA POPULAR POR TERRA E REFORMA AGRÁRIA**

Historicamente, sabe-se que os movimentos sociais estiveram presentes em todas as sociedades, sendo um fenômeno constitutivo dos processos de mudança. Contudo, embora a princípio o conceito de movimento social seja de fácil entendimento, na prática há diversas teorias fundamentando essas ações coletivas, sobretudo nesse novo milênio. Assim, inicialmente, importa entender o conceito de movimento social, que, segundo Silveira (2000, p. 229), “*trata-se da ação conjunta de homens, a partir de uma determinada visão de mundo, objetivando a mudança ou conservação das relações sociais numa dada sociedade*” (itálico do autor).

Por sua vez, Gohn (2010b, p. 14) afirma que “um movimento social é sempre a expressão de uma ação coletiva e decorre de uma luta sociopolítica, econômica ou cultural”. E prossegue, afirmando que

[...] os movimentos sociais propriamente ditos, criados e desenvolvidos a partir de grupos da sociedade civil, têm nos direitos a fonte de inspiração para construção de sua identidade. Podem ser direitos individuais e coletivos. Neste último caso, abrangem todo um grupo social. Os direitos individuais inserem-se no rol dos direitos humanos fundamentais dos seres humanos, direitos vistos em suas múltiplas dimensões (GOHN, 2010b, p. 14-15).

Nas interpretações tradicionais, o movimento social visa abolir as relações de dominação, que atribuem papel determinados às classes dominadas, buscando a prevalência de princípios de igualdade, de criação de uma nova sociedade que vá extinguir as formas antigas de produção, gestão e hierarquia. Segundo Touraine (1997), citado por Gohn (2010b), essa concepção se corrompeu e degradou, e os princípios morais se destacam.

Um movimento social é sempre um protesto moral, coloca-se por cima da sociedade para julgá-la ou transformá-la, e não no centro para manejá-la e orientá-la no sentido que exigem a Razão ou a História. [...] o sujeito não é portador de um modelo ideal de sociedade, temos de encontrar o sujeito pessoal no sujeito histórico (e também no religioso), que sempre está presente no centro das visões de sociedade e de mundo (TOURAINÉ *apud* GOHN, 2010b, p. 96).

Em documento divulgado pela Secretaria de Comunicação Social durante o governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1997, afirma-se que

[...] a história da reforma agrária, no Brasil, é uma história de oportunidades perdidas. Ainda colônia de Portugal, o Brasil não teve os movimentos sociais que, no século 18, democratizaram o acesso à propriedade da terra e mudaram a face da Europa. No século 19, o fantasma que rondou a Europa e contribuiu para acelerar os avanços sociais não cruzou o Oceano Atlântico, para assombrar o Brasil e sua injusta concentração de terras. E, ao contrário dos Estados Unidos que, no período da ocupação dos territórios do nordeste e do centro-oeste, resolveram o problema de acesso à terra, a ocupação brasileira – que ainda está longe de se completar – continuou seguindo o velho modelo do latifúndio, sob o domínio da mesma velha oligarquia rural. As revoluções socialistas do século 20 – russa e chinesa, principalmente – embora tenham chamado a atenção de parcela da elite intelectual brasileira, não tiveram mais do que influência teórica. O Brasil também não passou pelas guerras que impulsionaram a reforma agrária na Itália e no Japão, por exemplo. Tampouco fez uma revolução de bases fortemente camponesas, como a de Emiliano Zapata, no México do começo do século (BRASIL, 1997, s.p.).

As lutas pela terra são antigas no Brasil, e estiveram presentes desde os primeiros séculos da formação da sociedade brasileira pelos colonizadores portugueses, muito embora as formas de organização e os princípios que as orientaram suas ações tenham se alterado com o decorrer do tempo.

Conforme narrado por Scherer-Warren (2009), no século XVII ocorreram movimentos para libertação de escravos. O século XVIII e início do século XIX são marcados por movimentos nativistas, com a participação de proprietários rurais (Cabanagem, Balaiada, Farroupilha, Praieira). Na segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX, predominaram o messianismo e o banditismo social (Canudos, Juazeiro, Contestado, e o Cangaço, com Lampião). “Tratava-se de manifestações e lutas que, diante das más condições de vida dos camponeses, tentavam estabelecer uma nova ordem social, tendo frequentemente a estrutura social do passado como referência” (SCHERER-WARREN, 2009, p. 96).

Nesse sentido, posiciona-se, também, Martins:

Do nordeste, de 1890 a 1910, saíram milhares, centenas de milhares de camponeses em direção à Amazônia para trabalhar na extração da borracha, o produto que na época chegou a emparelhar, em importância econômica, com o café. Esse nomadismo do camponês brasileiro foi e ainda é muito característico. Às vezes, nomadismo restrito a uma área de perambulação na realização da agricultura de roça; às vezes, o nomadismo mais extenso, na tentativa de encontrar um novo lugar (MARTINS, 1995, p. 49).

Em São Paulo, na década de 50, grandes transformações começam a ocorrer, pois o café, que já vinha de um período de crise desde 1929, passa por um processo de “erradicação de cerca de um milhão e quatrocentos mil cafeeiros, liberando uma área de quase um milhão e meio de hectares” (MARTINS, 1995, p. 66). Essa área foi ocupada por outros produtos e pastagens, o que culminou com a expulsão de colonos, que foram morar nas periferias das pequenas cidades, porém continuaram trabalhando no meio rural como boias-frias, ou foram para a capital trabalhar como operários ou em serviços e pequeno comércio.

Se até 1940 o messianismo e cangaço foram as formas dominantes de organização e de manifestação de rebeldia camponesa, a partir de 50 a liga camponesa e o sindicato serão as formas mais importantes de organização e luta política dos camponeses, ainda que convivendo com a persistência do messianismo e do banditismo e com outras lutas de resistência (MARTINS, 1995, p. 67).

As lutas pela posse de terra se intensificam a partir da década de 40, mas somente a partir da década de 50 “começa a ultrapassar o nível das ações localizadas e a empreender articulações regionais ou mesmo de alcance nacional” (SCHERER-WARREN, 2009, p. 97).

No final dos anos 50 e início dos 60, os debates ampliaram-se com a participação popular, e o governo passou a considerar as reformas de base, agrária, urbana, bancária e universitária, essenciais para o desenvolvimento econômico e social do país. Nesse período, a agricultura passou a ser um dos temas centrais em discussão, e conforme afirma Silva (1983, p. 28-29), muitos deles indicavam que a estrutura agrária extremamente concentrada limitava o processo de industrialização do país, pois ocasionava um estrangulamento na oferta de alimentos aos setores urbanos, uma vez que, na medida em que a população urbana crescesse, haveria um aumento no preço dos alimentos, com o conseqüente aumento nos salários, inviabilizando a industrialização. E, também, como as fazendas eram praticamente autossuficientes, não adquiriam a maioria dos produtos que necessitavam, pois estes eram fabricados artesanalmente na própria fazenda, o que representava a não ampliação do mercado interno para a indústria nascente.

A estrutura fundiária continuou concentrada (e até mesmo o grau de concentração aumentou a partir dos anos sessenta), mas houve uma transformação interna – ao nível das relações de produção – que permitiu que a agricultura respondesse às necessidades da industrialização. Ou seja, houve simultaneamente: a) um aumento



da oferta de matérias-primas e alimentos para o mercado interno sem comprometer o setor exportador que gerava divisas para o processo de industrialização, via substituição das importações; b) a agricultura se conectou ao circuito global da economia não apenas como compradora de bens de consumo industriais, como também houve o que podemos chamar de uma verdadeira 'industrialização da agricultura', na medida em que esta passou a demandar quantidades crescentes de insumos e máquinas geradas pelo próprio setor industrial (SILVA, 1983, p. 30-31).

Pode-se afirmar, então, que a manutenção da concentração de terra no país acelerou o processo de urbanização, que significou a ampliação do mercado interno para a indústria, pois, ao contrário do morador da fazenda, praticamente autossuficiente, o morador da cidade precisa comprar tudo o que necessita, não podendo produzi-las em sua casa, como ocorria nas fazendas. Esse processo ocasionou, ainda, uma alteração nas próprias atividades agrícolas, haja vista que as fazendas também já não podiam mais ser autossuficientes na produção de alimentos e prover a demanda do consumo interno.

Mas a transformação da agricultura brasileira nos anos sessenta não parou na expansão do setor mercantil de alimentos. Na medida em que as propriedades se voltavam mais e mais para o mercado, houve também uma transformação qualitativa interna: houve uma *especialização* da produção. Quer dizer, não eram mais fazendas no sentido genérico, que produziam tudo, desde o arroz, o leite, até a cana e o café. Agora eram fazendas de cana, fazendas de café, fazendas de leite, fazendas de arroz, etc. Mas não foi também uma especialização apenas de produção: a própria concepção da produção agrícola se especializou. Antes, as fazendas produziam tudo o que era necessário à produção: os adubos, os animais e até mesmo alguns instrumentos de trabalho, bem como a própria alimentação de seus trabalhadores. Agora, não: os adubos são produzidos pela indústria de adubos; parte dos animais de trabalho foi substituída pelas máquinas produzidas pela indústria de máquinas e equipamentos agrícolas, etc. (SILVA, 1983, p. 40).

Assim, pode-se afirmar que a própria agricultura se industrializou, comprando certos insumos, como adubos e máquinas, para produzir outros, como matérias-primas para a indústria, tecidos, dentre outros.

Dessa forma, para a ampliação do mercado para a indústria, não foi necessário o aumento do poder aquisitivo dos camponeses, pois essa ampliação se fez pela proletarização dos camponeses, transformando-os de produtores independentes em miseráveis boias-frias. Essa ampliação do mercado interno poderia ter sido alcançada por outras vias, como a reforma agrária no campo e o aumento dos salários dos trabalhadores, mas a escolha em trilhar esse ou aquele caminho é uma decisão eminentemente política.

Em 1962, foi criada a Superintendência de Política Agrária - SUPRA, com a atribuição de executar a reforma agrária. Nesse mesmo ano foi criado o Comando Geral dos Trabalhadores (CGT), que reuniu diversas confederações, federações, entidades intersindicais e pactos de unidade, comandando o movimento operário nacionalmente.

Nesse processo, há que se destacar o movimento das Ligas Camponesas. Surgidas em 1954, em Pernambuco, as Ligas se espalharam por outros Estados, vindo a ser denominadas, em 1963, Ligas Camponesas do Brasil, cuja bandeira de luta era ‘Reforma Agrária na lei e na marra’ (SILVEIRA, 2000, p. 255).

Os Sindicatos de Trabalhadores Rurais se multiplicaram por todo o país, e passaram a ser legalizados, unificando-se através da Confederação Nacional dos Trabalhadores Rurais (CONTAG), em 1963.

Portanto, as lutas contra as más condições de vida e pela restauração social, ainda que de um passado idealizado como nos movimentos messiânicos, dão lugar às lutas pela manutenção da condição de camponês, ou seja, pela posse e uso adequado da terra. Todas estas lutas têm, pois, como referencial fundamental a própria sobrevivência do grupo social (SCHERER-WARREN, 2009, p. 97).

Ainda em 1963 foi aprovado o Estatuto do Trabalhador Rural, que regulou as relações do trabalho no campo, até então não contempladas pela legislação trabalhista. Martins (1995, p. 90) afirma que a promulgação do Estatuto do Trabalhador Rural contribuiu para esvaziar as Ligas Camponesas, representando uma “vitória dos que davam prioridade e importância ao trabalhador assalariado rural em relação aos camponeses”.

E prossegue, afirmando que:

A revolução camponesa não chegou a definir-se como um projeto naqueles primeiros anos da década de 60. A rigor, não chegou a surgir nenhuma organização de amplitude nacional que o formulasse com contornos precisos. O máximo a que se chegou foi a proposta de reforma agrária radical, que, se concretizada, implicaria numa profunda transformação no regime de propriedade da terra. A revolução camponesa surgiu muito mais definida no temor de seus opositores de direita e de esquerda daquela época (MARTINS, 1995, p. 92).

Em 13 de março de 1964, o Presidente João Goulart assinou decreto prevendo a desapropriação das terras localizadas numa faixa de dez quilômetros ao longo das rodovias, ferrovias e açudes construídos pela União, para fins de reforma agrária.

No dia 15, em mensagem ao Congresso Nacional, propôs uma série de providências consideradas ‘indispensáveis e inadiáveis para atender às velhas e justas aspirações da população’. A primeira delas, a reforma agrária. Não deu tempo. No dia 31 de março de 1964, caiu o Presidente da República e teve início o ciclo dos governos militares, que duraria 21 anos (BRASIL, 1997, s. p.).

Depois do Golpe Militar de 31 de março de 1964, o receio de uma revolução camponesa serviu de pretexto para reprimir os trabalhadores do campo, que ansiavam pela reforma agrária acenada pelo ex-presidente Goulart. O sindicalismo rural que surgia foi duramente atingido, ocorrendo a prisão de seus líderes mais expressivos.

Logo após assumir o poder, os militares criaram um grupo de trabalho, coordenado pelo Ministro do Planejamento, para elaborar um projeto para viabilizar a reforma agrária. Em 30 de novembro de 1964 foi sancionada a Lei nº 4.504, conhecida como Estatuto da Terra e

constituiu-se na primeira proposta articulada de reforma agrária formulada por um governo na história do Brasil. Chiavenato (2000) discorda dessa posição, afirmando que

[...] derrubado o governo reformista de Jango, a ditadura militar, na tradição do Império, editou a sua própria “lei agrária”, para que nada mudasse estruturalmente. Em 30 de novembro de 1964, foi promulgado o Estatuto da Terra, que fez uma reforma agrária ao contrário: enfatizou a exportação de grãos, privilegiando culturas extensivas como a soja e financiando a mecanização das grandes propriedades. Os pequenos e médios agricultores perderam “prestígio bancário”, e as áreas antes destinadas aos alimentos básicos (arroz, feijão, etc.) cederam espaço para a soja, a cana e outros produtos exportáveis, como o café, a laranja, o cacau, o fumo e o algodão. Os primeiros resultados surgiram no começo da década de 70: migração em massa para a cidade, provocada pela miséria rural e o aumento dos conflitos no campo. Esse deslocamento provocou a ampliação das áreas favelizadas nas grandes e médias cidades do país. A migração rural foi um dos fenômenos mais graves do período militar: entre 1970 e 1980, cerca de 16 milhões de pessoas vagaram pelo Brasil (CHIAVENATO, 2000, p. 31-32)

Após o Golpe Militar de 1964, apenas o sindicalismo rural, tanto do trabalhador, quanto o patronal se expandem pelos municípios, todavia com características tipicamente assistencialistas. A repressão militar não admite a formação de movimentos sociais no campo até a segunda metade da década de 70. A partir do final da década de 70, começam a surgir organizações e manifestações no meio rural.

O MST - Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra - surgiu em 1979, em Santa Catarina, como resultado do avanço das lutas e organizações dos trabalhadores do campo. Um grupo de trabalhadores rurais sem terra, fortemente influenciados pela Igreja Católica através da Pastoral Operária, decidiu organizar-se objetivando a reforma agrária.

De 1979 a 1983 foram realizadas diversas ocupações de terra por um grande número de famílias de camponeses sem terra. As lideranças dessas lutas foram trocando experiências e, após vários encontros, decidiram, em janeiro de 1984, na cidade de Cascavel (PR), organizar-se como um movimento nacional de luta pela terra e pela reforma agrária (STÉDILE, 1997, p. 44).

Segundo a narrativa feita por Branford e Rocha (2004), após três dias do encontro de quase cem trabalhadores sem-terra, de 21 a 24 de janeiro de 1984, na Cidade de Cascavel, no oeste do Paraná, estabeleceram-se os princípios do novo movimento, cujo nome passou a ser Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, tendo como sigla MST:

Ser conduzido pelos próprios trabalhadores sem terra, independentemente da Igreja, dos sindicatos e dos partidos políticos; ser aberto a toda família; e ser um movimento de massa. E foram definidos quatro objetivos: lutar pela reforma agrária; lutar por uma sociedade justa, fraternal e pelo fim do capitalismo; incluir os trabalhadores rurais, arrendatários, meeiros e pequenos agricultores na categoria dos trabalhadores sem terra; e garantir que a terra seja de quem nela trabalha e dela viva (BRANFORD; ROCHA, 2004, p. 40)

No princípio, o MST estava restrito à Região Sul do país. Na segunda metade dos anos 80, passou a contar com o apoio do Partido dos Trabalhadores (PT) e da Central Única dos

Trabalhadores (CUT), fato que contribuiu para que o movimento passasse a ter expressão nacional.

Nos anos 90 o MST expandiu-se por todas as regiões do país, contando com o apoio de Organizações Não Governamentais (ONGs), cooperativas, escolas e da população.

Entre as estratégias adotadas pelo MST para chamar a atenção da população e forçar negociações com as autoridades, destaca-se a ocupação de terras, em regra improdutivas, na tentativa de legalizar as ocupações em assentamentos. Também foram realizadas diversas ‘marchas’ e ocupações de praças e prédios públicos.

Todavia, embora haja um cuidadoso planejamento das suas ações, isso não impede que as práticas das ocupações de terras resultem, muitas vezes, em confrontos com milícias particulares das fazendas invadidas e/ou com a própria polícia, quando age no cumprimento de ordem judicial de despejo. [...] Nos últimos anos o MST tem mudado sua prática de luta, entendendo que não se trata apenas de ocupar a terra e resistir à desocupação, mas, também, de produzir e assegurar as condições para continuar produzindo, ou seja, condições para se fixar nela (SILVEIRA, 2000, p. 261).

O MST tem mantido uma relação contraditória e confusa com a mídia. Num primeiro momento, nos anos 90, ela foi estratégica. Assim, as grandes ocupações de terra eram anunciadas à imprensa para que fossem noticiadas. Contudo, ao passarem a ocupar diariamente as manchetes, o excesso de exposição passou a ter efeitos negativos, e o MST passou a ser apresentado pela mídia como fonte de insegurança e medo junto à opinião pública. Neste começo de século, o enfoque dado pela mídia ao MST tem sido a de criminalização de suas ações.

Contudo, não há como negar que o MST é um ator político, uma vez que atribui qualidade aos atores sociais que compõem suas bases que ultrapassa a luta pelo acesso à terra e passa pela luta pela democracia, pela igualdade e contra a exclusão.

Ele se formou ao redor de uma identidade-ser sem-terra e luta para alterar a qualidade desta identidade passando a ser um com-terra. Mas ao buscar esta reversão atinge eixos centrais nas relações capitalistas que é a propriedade. O grande problema é que ele quer ser um com-terra, um ‘igual’, sem passar pelo funil divisório que é a compra. Quer o acesso à terra pela posse com direitos iguais aos que detêm a sua propriedade e com isso ele perturba a lógica e a ordem das relações demarcadas na sociedade. Por isto ele é um agente de tensão contínua – tem uma face inovadora e outra perturbadora da ordem dominante (GOHN, 2010a, p. 145).

Todavia, pode-se afirmar que o MST mudou a pauta de reivindicações dos trabalhadores brasileiros, adaptando-se ao mundo globalizado em que vivemos. Antes do MST, as reivindicações dos trabalhadores desde o século XIX estavam relacionadas a salários e jornada de trabalho. Às antigas reivindicações de acesso à terra para morar e produzir, o MST acrescentou outras três: acesso ao crédito, suporte tecnológico e organização do trabalho em cooperativas de produção. Essas três reivindicações buscam novas soluções para o

emprego no meio rural, com perspectivas de melhoria na produtividade, com a consequente queda no custo econômico, bem como o acesso ao sistema financeiro.

Também se verifica uma mudança de foco na luta do MST, passando para um segundo plano a disputa entre desapropriação e crédito fundiário, e para posição de destaque a questão da biodiversidade, com a oposição do grande agronegócio e os trabalhadores rurais sem-terra.

A proposta de reforma agrária do MST assenta-se em quatro pilares: a democratização do acesso à terra, combatendo-se a elevada concentração existente [...]; o desenvolvimento e ampliação da agroindústria local, que não precisa ser uma grande fábrica, pode ser um conjunto de pequenas comunidades de produtores; a educação, em todos os níveis e não só a alfabetização (principalmente o conhecimento tecnológico local, a formação dos jovens como técnicos etc.); e a mudança do modelo tecnológico agrícola existente no Brasil, baseado em oligopólios e multinacionais, para um modelo que considere, além do problema social da fome e do desemprego, as especificidades da natureza, num modelo não predatório e que tenha compromisso com as gerações futuras (GOHN, 2010a, p. 147).

Há muitos motivos para se promover a desconcentração da terra no Brasil, mas a questão central é a necessidade de uma mudança mais profunda na estrutura agrária, da qual a reforma agrária é apenas uma parte. Segundo Martinez (1987, p. 8), “a reforma agrária não é só e fundamentalmente uma questão de terras, mas, acima de tudo, é uma questão de gente”.

O UOL (2009) cita dados do Censo Agropecuário de 2006, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 30/09/2009, onde se afirma que “a histórica desigualdade na distribuição de terras no Brasil se manteve inalterada nos últimos 20 anos, com quase a metade das propriedades rurais nas mãos dos grandes fazendeiros” (UOL, 2009, s.p.).

Assim, percebe-se que com o passar dos anos, a reforma agrária continua sendo um problema sem solução, com a demanda por alimentos como mais um dos fatores a permitir a concentração de terras nas mãos de poucos.

A modernização da agricultura para atender à crescente demanda dos mercados mundiais por grãos agravou a concentração da terra em algumas regiões do Brasil, principalmente no centro-oeste, importante polo de produção de soja e carne bovina. [...] Apesar de o censo ter mostrado que a distribuição da terra manteve sua histórica desigualdade e que a modernização da agricultura agravou a concentração, também revelou que a agricultura familiar foi a que mais produziu alimentos, apesar ter uma área menor (UOL, 2009, s.p.).

Sampaio e Resende (2004, p. 55), afirmam ser lamentável que em pleno século XXI ainda seja necessário argumentar a importância da reforma agrária e quais as tendências da conjuntura política que impedem sua realização.

Fazer reforma agrária sem alterar a estrutura fundiária, sem combater o latifúndio sem exploração ou mal explorado, assim como o minifúndio, é fazer a Contrarreforma.

Sodero (2006, p. 314-318), salienta “que a não aplicação do Estatuto da Terra, conjugada a outras medidas ou providências com caráter legal, consistem no mais vigoroso instrumento da contrarreforma agrária”. Ele argumenta, ainda, que todos estão obrigados a cumprir a lei, inclusive o Estado, mas que, embora este seja o único que, em alguns aspectos pode colocar em execução o Estatuto da Terra, a lei não está sendo cumprida em relação à reforma agrária. Prossegue, afirmando que a reforma agrária estabelecida pelo Estatuto da Terra é democrática, pois ela não se dirige a quem cumpre com sua obrigação profissional agrária, mas contra aqueles que mantêm a terra inativa, improdutiva ou mal aproveitada, ou contra quem não cumpre a função social, aí compreendida a preservação ambiental e econômica da propriedade. E conclui alegando que a reforma agrária com a mudança de estrutura, visa a quatro aspectos fundamentais, quais sejam, o homem, como centro do Direito Agrário, do Estatuto da Terra e da Reforma Agrária; a terra, que é um bem de produção e não simples riqueza patrimonial, existindo para ser utilizada pelo homem, para produzir alimentos e matérias-primas necessárias ao bem-estar da humanidade; a produção, consequência da atividade agrária exercida pelo homem na terra, a fim de prover os habitantes do país e exportar os excedentes; e a função social e econômica da propriedade, vez que o homem é um ser social e vive em sociedade e o bem que ele administra como seu, no caso a propriedade agrária, não pode servir apenas para o interesse próprio, mas em prol de toda a coletividade.

É a aplicação prática do contido no célebre artigo 153 da Constituição alemã de Weimar, 1919: ‘a propriedade obriga. Seu uso constitui consequentemente, um serviço para o bem comum’. Ou, nas palavras atuais do **Papa João Paulo II**: ‘Sobre toda a propriedade privada pesa uma hipoteca social’. Ou, ainda, no preceito da Constituição Federal [...] que estabeleceu ter a ordem econômica e social por finalidade realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base em princípios que menciona um dos quais [...] o da **função social da propriedade** (SODERO, 2006, p. 318) (negrito pelo autor).

Por tudo o que foi dito, a terra é um bem que extravasa o simples direito de propriedade do detentor desse bem, devendo atender as demandas da comunidade, proporcionando o necessário para o progresso social e econômico, não podendo ser predatório nem egoísta, uma vez que possui uma função primordial: por ser um bem de produção, deve produzir e produzir economicamente sem descuidar-se da proteção ao meio ambiente e no benefício da coletividade.

## 1.4 O DIREITO DOS ÍNDIOS À TERRA

A identidade cultural de um povo é formada pela conjugação de diversos elementos, como sua história, geografia, biologia, memória coletiva, religião, instituições produtivas e

reprodutivas, etc.

A identidade cultural é um sistema de representação das relações entre indivíduos e grupos, que envolve o compartilhamento de patrimônios comuns como a língua, a religião, as artes, o trabalho, os esportes, as festas, entre outros. É um processo dinâmico, de construção continuada, que se alimenta de várias fontes no tempo e no espaço (OLIVEIRA, 2010, p. 1).

No caso do Brasil, podemos afirmar que a identidade cultural foi formada pela interação dos povos nativos, ou indígenas, do colonizador europeu e do negro africano. Contudo, como observam Souza Junior e Lopes (2004, p. 1), “o aspecto indígena, que deveria ser um dos pilares da identidade legitimadora, ficou relegado à uma forma de identidade de resistência”. E concluem observando que Identidade Legitimadora é aquela que dá legitimidade a determinada forma de governo ou a determinado sistema político, a qual, por seu intermédio, se origina a sociedade civil, enquanto Identidade de Resistência é aquela criada por minorias, grupos que se encontram em situação desfavorável em relação à sociedade, levando à formação de comunidades, guetos. Assim, infere-se que, embora na base de formação do “povo brasileiro”, os grupos indígenas hoje compõem apenas cerca de 0,4% da população brasileira, segundo dados do Censo IBGE 2010 (BRASIL, 2012b, s.p.).

Ao chegarem ao continente americano, no século XVI, os europeus não encontraram um território desocupado. Segundo dados apresentados pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) (BRASIL, 2012a, s.p.), quando se iniciou a colonização do Brasil, aqui havia uma população nativa estimada entre 1 e 10 milhões de habitantes, falando cerca de 1.300 línguas diferentes, entre os mais de 990 povos então existentes, com culturas distintas.

Os habitantes “originários” do continente americano descendem de populações vindas da Ásia. Os povos indígenas que hoje vivem no Brasil são descendentes de povos caçadores que vieram da América do Norte pelo Panamá, e aqui se instalaram há milhares de anos. Não há um consenso entre os arqueólogos sobre a data de ocupação do continente americano, mas o período atualmente aceito e documentado de ocupação do território brasileiro data de 11 a 12 mil anos atrás. Contudo, pesquisas recentes indicam que tal ocupação pode ter ocorrido há mais tempo. Como não há um consenso entre os pesquisadores sobre a origem desses povos, diz-se que são povos “originários” ou “nativos”, pois já estavam aqui antes da ocupação europeia.

“Os povos indígenas somam, segundo o Censo IBGE 2010, 896.917 pessoas. Destes, 324.834 vivem em cidades e 572.083 em áreas rurais, o que corresponde aproximadamente a 0,47% da população total do país” (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2012, s.p.).

A maior parte dessa população distribui-se por milhares de aldeias, situada no interior

de 683 Terras Indígenas, de norte a sul do território brasileiro. Há, ainda, 77 referências de grupos indígenas não contatados, das quais 30 confirmadas, bem como grupos que estão requerendo o reconhecimento de sua condição indígena junto ao órgão federal. Redução tão drástica das populações indígenas deve-se ao processo de colonização, que extinguiu muitas sociedades indígenas existentes à época do descobrimento, seja em decorrência de doenças, seja por ação das armas, ou ainda por políticas de assimilação dos povos indígenas à cultura europeia trazida pelos colonizadores.

Diferentemente daquilo que é pregado pela história oficial, a colonização não se fez sem sangue e sem luta. A disparidade entre a força das armas, o nível organizacional e outras circunstâncias (em especial, a propagação de doenças até então desconhecidas na América e cujo efeito sobre as populações aborígenes foi devastador) levaram os povos nativos à derrota ante o colonizador. Convém acentuar, contudo, que: *nos limites de suas possibilidades, foram inimigos duros e terríveis, que lutaram arduamente pelas terras, pela segurança e pela liberdade, que lhes eram arrebatadas conjuntamente (Holanda, Sérgio Buarque de)*. Não há, contudo, uma história da resistência indígena. A História é sempre a História do vencedor, de seus “feitos”. O movimento historiográfico voltado para o “outro” lado da História é recente e minoritário (ANTUNES, 2006, p. 913) (itálico do autor).

Importa ressaltar que a expressão ‘povos indígenas’ refere-se a grupos humanos espalhados pelo mundo todo, e que são muito diferentes entre si. Em nosso país e em outros, usa-se a expressão povos indígenas, enquanto na Austrália, por exemplo, são chamados de aborígenes.

Quando os europeus chegaram ao continente americano, imaginaram haver aportado na Índia, por isso a denominação equivocada “índio”. Mesmo após descobrir que não estavam na Ásia, e sim em um novo continente, os europeus continuaram tratando os povos aqui existentes pela denominação genérica e equivocada de índios, ignorando as diferenças sociolinguísticas existentes entre eles, principalmente porque isso favorecia o domínio político, econômico e religioso.

Pode-se dizer que no processo de colonização os índios representavam um entrave, como ocupantes das terras a serem colonizadas a todo custo, e como povos que deviam ser convertidos à fé católica.

No projeto de colonização, como se pode perceber, não havia qualquer espaço para a complacência ou tolerância para com os primitivos ocupantes de nossas terras brasileiras. A guerra travada contra os indígenas possuía dois *fronts* bastante claros e definidos: o ataque físico às populações indígenas e o ataque cultural. Pelo ataque físico tentava-se a destruição militar dos indígenas; pelo ataque cultural o objetivo era a “integração” dos índios à ideologia e à sociedade colonial. Estas características que marcaram o início do processo de colonização são as principais características que regeram, por cinco séculos, as relações entre brancos e índios, entre “civilizados” e “selvagens” (ANTUNES, 2006, p. 915) (itálico do autor).

Assim, definir quem é ou não índio trata-se de questão de ordem legal. Após a



independência, vários países americanos, dentre eles o Brasil, adotaram diversas legislações sobre o tema, bem como criaram órgãos governamentais para cuidar do assunto e dos interesses a ele relacionados.

Cumpra, portanto, definir o que é ser índio, hoje. Para alcançar essa definição, é preciso recorrer ao conceito de origem dos povos indígenas.

Nas últimas décadas, o critério da auto-identificação étnica vem sendo o mais amplamente aceito pelos estudiosos da temática indígena. Na década de 50, o antropólogo brasileiro Darcy Ribeiro baseou-se na definição elaborada pelos participantes do II Congresso Indigenista Interamericano, no Peru, em 1949, para assim definir, no texto “Culturas e línguas indígenas do Brasil”, o indígena como: “[...] aquela parcela da população brasileira que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, motivados pela conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana. Ou, ainda mais amplamente: índio é todo indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade pré-colombiana que se identifica etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com quem está em contato”. Uma definição muito semelhante foi adotada pelo Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19.12.1973), que norteou as relações do Estado brasileiro com as populações indígenas até a promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 2012a, s.p.).

Em resumo, pode-se dizer que é indígena aquele que se considera e é considerado pelos demais como tal. Contudo, devido a interesses políticos e econômicos, esse critério tem sido discutido.

Nesse contexto, deve-se frisar que as culturas são dinâmicas, sofrendo alterações com o tempo e em decorrência de sua interação com o meio e com as demais culturas. Saliente-se que cultura, aqui, é entendida como o conjunto de respostas que uma determinada sociedade humana dá a experiências vivenciadas e problemas que surgem ao longo do tempo, em contato com outros grupos e com o meio. Portanto, os diferentes grupos indígenas passariam por mudanças em suas culturas mesmo que não tivessem interagido com europeus e africanos. Dessa forma, fica claro que a identidade étnica dos grupos indígenas não se perde pelo fato de manterem contato com outros grupos e assimilarem traços das culturas destes, como usarem roupas semelhantes às usadas pelos membros desses grupos, e ainda produtos como celulares, computadores etc.

As populações indígenas são vistas de forma contraditória pelos demais componentes da sociedade brasileira e europeia, tanto do período colonial quanto na atualidade.

No século XVI, os índios eram os *bons selvagens* para uso na filosofia moral europeia, ou abomináveis antropófagos para uso na colônia. No século XIX, eram, quando extintos, os símbolos nobres do Brasil independente e, quando de carne e osso, os ferozes obstáculos à penetração que convinha precisamente extinguir. Hoje, eles são seja os puros paladinos da natureza seja os inimigos internos, instrumentos da cobiça internacional sobre a Amazônia (CUNHA, 1994, p. 123).

Assim, objeto de preconceitos por parte de alguns e de idealização por parte de outros,

os povos indígenas continuam pouco conhecidos pelos demais setores da sociedade brasileira. Podemos afirmar que só recentemente os diferentes segmentos da sociedade têm buscado informações atualizadas para descobrir quem são os povos indígenas e, assim, constatou-se que eles são contemporâneos, vivendo no mesmo país, participando da elaboração de leis, elegendo candidatos e compartilhando problemas semelhantes, como as consequências da poluição ambiental e das diretrizes e ações do governo nas áreas da política, economia, saúde, educação e administração pública em geral.

Até meados da década de 80, prevaleciam as legislações que tratavam as questões indígenas sob o prisma do integracionismo, que encaravam as sociedades indígenas como estágio primitivo da evolução social. Dessa forma, os povos indígenas estavam fadados a desaparecerem, integrando-se à sociedade nacional, sem possibilidades de manutenção de suas culturas e modo de viver. Mais recentemente, contudo, as sociedades indígenas passaram a ser encaradas como realidades culturais diferenciadas, capazes de preservar e reproduzir suas formas de organização e reprodução. Essa nova postura permitiu o respeito à organização diferenciada dos povos indígenas, bem como o reconhecimento da sociedade pluriétnica.

Com a moderna antropologia, aprendemos que a cultura indígena não é, como muitos supõem, uma etapa primitiva da escala civilizatória, mas sim uma realidade cultural diferenciada, capaz de reproduzir estilos próprios de organização e desenvolvimento (BRASIL, 1996, s. p.).

Essa mudança de paradigma importou no reconhecimento do direito à diversidade, com a conseqüente alteração nas legislações tratando dos povos indígenas, que no Brasil se consolidou com a Constituição de 1988.

Para os povos indígenas, a terra é muito mais do que simples meio de subsistência. Ela representa o suporte da vida social e está diretamente ligada ao sistema de crenças e conhecimento. Não é apenas um recurso natural, mas igualmente um recurso sócio-cultural, e por isso não pode ser objeto de propriedade cultural. Assim, não há noção de propriedade privada da terra nessas comunidades (RAMOS, 1995, p. 102).

O problema da terra é o eixo central da questão indígena, uma vez que o território é mais do que simples meio de subsistência. A terra está ligada à história cultural do grupo, às relações de família, ao universo mitológico, ao conjunto de interações sociais e ao sistema de alianças econômicas e políticas entre aldeias de um mesmo grupo. A terra sustenta a trama da vida cultural de um povo, seu sistema de crenças e de conhecimento. Sem a terra não há como garantir a sobrevivência de um povo indígena como um grupo etnicamente diferenciado da sociedade como um todo.

O princípio dos direitos indígenas às suas terras, embora sistematicamente desrespeitado, está na lei desde pelo menos a Carta Régia de 30 de julho de 1609. O Alvará de 1º de abril de 1680 afirma que os índios são “primários e naturais

senhores” de suas terras, e que nenhum outro título, nem sequer a concessão de sesmarias, poderá valer nas terras indígenas. É verdade que as terras interessavam, na Colônia, muito menos que o trabalho indígena. Mas até quando se inverte o foco desse interesse, em meados do século XIX, e que menos do que escravos, se querem títulos sobre terras, ainda assim se respeita o princípio. Para burlá-lo, inaugura-se um expediente utilizado até hoje: nega-se sua identidade aos índios. E se não há índios, tampouco há direitos. Quanto ao direito constitucional, desde a Constituição de 1934, é respeitada a posse indígena inalienável de suas terras. [...] Todas as Constituições subsequentes mantiveram e desenvolveram esses direitos, e a Constituição de 1988 deu-lhes sua expressão mais detalhada (CUNHA, 1994, p. 127).

As constituições de 1824 e 1891 não trataram de assuntos relativos às questões indígenas. A primeira constituição brasileira a dispor sobre o tema foi a Constituição de 1934. As cartas constitucionais seguintes, de 1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, trataram da questão indígena, tendo o traço comum de buscar integrar o índio à comunidade nacional. Conforme acentuado por Antunes (2006, p. 922), “o índio é visto, em nossa tradição constitucional, como um coabitante do País, mas, efetivamente, não é um nacional.” E continua afirmando que a posição do indígena é pior até que a do estrangeiro residente, a quem sempre foram assegurados os direitos fundamentais, sem exigir que se “aculturasse” para poder gozá-los. Todavia, em relação ao indígena, reconheciam sua existência para negar-lhes o direito e diferença e eliminar suas identidades culturais.

As Constituições que precederam à atual não reconheceram aos povos indígenas o direito à manutenção de seu modo particular de vida. O que foi reconhecido, pelas cartas anteriores, é que os índios se constituíam em uma parcela da população brasileira que, ainda, não havia se agregado às demais. Este afastamento dos indígenas da “comunhão nacional” se fazia em razão do “atraso cultural” destes povos em relação aos demais brasileiros. O índio e a sua cultura, nos regimes anteriores, jamais passaram do nível da “curiosidade folclórica”, isto é, expressavam formas de vida e de pensar que, devido à sua ingenuidade, deveriam ser substituídos por uma expressão cultural mais consistente, mais amadurecida, mais perene, a cultura ocidental manifestada na “comunhão nacional”. Pensamos, a propósito, que nós, brasileiros, não obstante nossa evidente pluralidade étnica e cultural, ainda, não logramos atingir um nível de convivência democrática que nos possibilite o reconhecimento das diferenças existentes entre todos nós. Ao contrário, a ideologia predominante é aquela que busca criar semelhanças e igualdades étnicas e raciais, a partir de um modelo predominante, ao qual todos os demais devem se submeter (ANTUNES, 2006, p. 922-923).

A Constituição Federal de 1988 tratou de questões relacionadas aos indígenas em diversos artigos. De acordo com artigo 20, XI, por exemplo, as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas integram o conjunto de bens da União; é de competência privativa da União legislar sobre as populações indígenas, conforme o artigo 22, XIV; ainda, de acordo com o artigo 49, XVI, compete ao Congresso Nacional dispor sobre a autorização, a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos e a lavra de riquezas minerais nas Terras Indígenas. Cite-se, também, o artigo 210, que em seu parágrafo segundo assegurou às

comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. Em relação à cultura indígena, o artigo 215 e seus parágrafos asseguram aos índios a proteção de seus valores e manifestações culturais, bem como o artigo 216 assevera que as tradições, modos e maneiras de viver, pensar e produzir indígenas, são parte integrante do patrimônio cultural brasileiro.

Em que pese a importância dessas disposições, bem como outras esparsas, que, mediamente, dizem respeito aos indígenas, são os artigos 231 e 232 que tratam especificamente dos povos indígenas, trazendo elementos essenciais para a definição jurídico-constitucional dos seus direitos coletivos e individuais, bem como de tudo que se relaciona aos índios.

Os índios e seu modo de ser foram cabalmente reconhecidos pela Constituição Federal, tendo sido imposta à União a obrigação de proteger os índios, suas terras, sua cultura, suas línguas, bens etc. É importante frisar que os direitos dos índios sobre suas terras foram considerados direitos originários. A reconhecida especialista Manuela Carneiro da Cunha afirma que a categoria direitos originários é importante pois *...tais direitos derivam de um fato histórico – o de terem sido os índios os primeiros ocupantes do Brasil – e não, como erroneamente muitas vezes se pensa, da situação de fragilidade e desproteção em que se encontram*. Os direitos originários dos indígenas sobre as suas terras são preexistentes a qualquer outro, de quem quer que seja. São, portanto, oponíveis *erga omnes* (ANTUNES, 2006, p. 924) (itálico do autor).

Conforme está disposto no artigo 231, *caput*, da Constituição Federal (CF) de 1988, “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” (BRASIL, 2010a, p.73). O reconhecimento aos direitos originários sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam representa a “aceitação da existência de relação de titularidade jurídica entre os índios e o espaço físico sobre o qual diversas nações organizaram-se antes mesmo da constituição do Estado brasileiro” (SANTILLI, 2000, p. 547). Essa relação de anterioridade configura o instituto do indigenato.

A esse respeito, importante observar Mendes Júnior (1902), citado por Santilli, que explica o conceito de indigenato.

Não quero chegar até o ponto de afirmar [...] que o indigenato é a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial; mas, sem desconhecer as outras fontes, já os philosophos gregos affirmavam que o indigenato é um título congênito, ao passo que a ocupação é um título adquirido. [...] Por conseguinte, o indigenato não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem [...] Aos Estados ficaram as terras devolutas; ora, as terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680 e por deducção da própria Lei de 1850, e do art. 24, 1º do Dec. de 1854 (MENDES JÚNIOR *apud* SANTILLI, 2000, p. 547-548).

Silva (2007) afirma, também, que o instituto do indigenato é fonte primária de direito e não se confunde com a simples posse. Não se trata de direito comum, mas de direito especializado, da própria sobrevivência das comunidades indígenas, que possuem uma relação essencial com a terra.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 67 das disposições transitórias, determinou que a União demarcasse todas as Terras Indígenas num prazo de cinco anos, a contar da promulgação da Carta Magna. Contudo, a determinação está longe de ser cumprida e a demarcação de terras ainda é um assunto pendente.

Muito embora, de acordo com Arruda (2011), no período de 2006 a 2010 o governo tenha concluído a demarcação de 35 Terras Indígenas, os conflitos na área se intensificaram. Na maior parte, os problemas se devem à disputa pelo controle da terra com fazendeiros e posseiros, mas também envolvem garimpo ilegal, avanço descontrolado de madeiras e carvoarias e até tráfico de drogas. A regularização das terras indígenas por meio de demarcação é fundamental para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas que vivem no Brasil. Contudo, como demonstra a reportagem, nem sempre a demarcação garante a proteção aos povos indígenas.

Há regiões onde os índios não conseguem tomar posse das terras que, legalmente, pertencem a eles. Um exemplo é o dos índios guajás, no Maranhão: eles estão sendo obrigados a conviver com quase uma dezena de povoados, habitados por posseiros e espalhados pelos 116,5 mil hectares da terra Auá, que foi homologada e entregue àquele grupo indígena em 2005. Em Mato Grosso, na região de São Félix do Araguaia, os xavantes enfrentam situação mais difícil. Após tomarem posse da área de 165 mil hectares e entregue a eles em 1998, foram expulsos por criadores de gado e produtores de soja e agora tentam reaver o território. Por enquanto, conseguiram reocupar apenas 10% da área (ARRUDA, 2011, p. A4).

A grande maioria das terras indígenas encontra-se na Amazônia, pelo fato de que grande parte da região ficou à margem do crescimento econômico. Como afirma Manuela Carneiro da Cunha (1994), no Acre, onde houve borracha, as populações foram dizimadas, e os “Yanomami habitam terras altas que até recentemente não interessavam a ninguém. As populações indígenas encontram-se hoje onde a predação e a espoliação permitiu que ficassem” (CUNHA, 1994, p. 125).

Conquanto a demarcação não seja condição para o reconhecimento dos direitos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, essa demarcação é necessária como ato governamental de reconhecimento, com objetivo de precisar a real extensão e limites da posse indígena a fim de assegurar a proteção dos limites demarcados e permitir a segurança na questão fundiária.

De acordo com a CF, as terras indígenas são de propriedade da União, tendo os povos

indígenas o usufruto exclusivo sobre as riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Ainda, estas são terras inalienáveis e indisponíveis, sendo imprescritíveis os direitos dos índios sobre elas. Como reconhecimento da importância da terra para os índios, a Carta Magna determina a inamovibilidade indígena, cuja remoção, temporária, somente poderá ser feita em casos de epidemia ou catástrofe que ponha em risco a própria sobrevivência da população, após referendo do Congresso Nacional, ou, ainda, quando em risco a soberania nacional.

A Carta Magna prescreve, ainda, procedimentos especiais para exploração de recursos hídricos e minerais em terras indígenas, uma vez que não há proibição para a exploração, mas apenas salvaguardas, consistentes na autorização prévia do Congresso Nacional, ouvidos os povos indígenas afetados que terão participação no resultado da lavra. A exploração de recursos minerais em terras indígenas está, provavelmente, na origem dos ataques aos direitos dos índios.

Como se percebe, há um grande número de interesses envolvidos em toda a questão relacionada às Terras Indígenas, o que tem propiciado o surgimento de pontos de vista distorcidos sobre o assunto. Uma dessas questões diz respeito à mudança no conceito de soberania nacional, sendo tal mudança decorrente de alterações na ordem econômica internacional, com o fenômeno da internacionalização da economia. Dentro desse cenário, não há dúvidas que a Amazônia possui uma importância cada vez maior para a economia mundial, não apenas pelos recursos minerais, mas, principalmente, por sua biodiversidade.

A riqueza da Amazônia não compreende apenas seus minérios, mas também sua biodiversidade e o conhecimento que se dispõem acerca delas. Um exemplo: há pelo menos umas 250.000 espécies vegetais, das quais cerca de 150 são usadas como alimento; 95% da alimentação mundial repousa sobre apenas 30 espécies o que torna a humanidade particularmente vulnerável, já que o aparecimento de novos vírus pode afetá-la e provocar a fome mundial. Daí decorre a importância estratégica fundamental de bancos genéticos e de sementes que permitem novos pontos de partida. [...] Estima-se em cerca de um milhão e meio o número de espécies vivas no planeta. Por onde começar a explorar essa riqueza que constantemente diminui antes que possamos realmente avaliá-la? Como descobrir em prioridades as virtudes medicinais de certas espécies? O conhecimento acumulado por gerações de populações tradicionais tem sido o guia mais usado nas pesquisas (CUNHA, 1994, p. 131-132).

Daí percebemos a riqueza biológica como uma das mais estratégicas para o século XXI, aliada ao conhecimento das populações tradicionais, principalmente indígena, fundamental para sua exploração. Nesse contexto, deve-se pensar a preservação das reservas biológicas como aliada a presença das populações indígenas, fazendo coincidir os interesses da sociedade brasileira com o direito dos índios, em que as áreas indígenas se tornem reservas

nacionais de recursos minerais, sendo as últimas a serem exploradas. Contudo, para isso seria necessário estabelecer um novo pacto com as comunidades indígenas, pois, ao contrário da visão ingênua que se tem dos índios, não se pode esperar que eles encarreguem-se naturalmente desse serviço à coletividade. Ainda, assim como países devem ser compensados por preservar a natureza, também se deve compensar os povos indígenas, oferecendo alternativas sustentáveis para obtenção de recursos.

Volta à surrada ideia do *bom selvagem* ecológico? Sim e não. Sim, como possibilidade de um papel importante para os índios no nosso futuro comum; não, porque esse papel não repousa sobre alguma essência que lhes seja atribuída. A posição dos índios no Brasil de hoje e de amanhã desenhar-se-á na confluência de várias opções estratégicas, tanto do Estado brasileiro e da comunidade internacional quanto das diferentes etnias. Trata-se de parceria (CUNHA, 1994, p. 134).

Outra questão importante diz respeito à proteção às áreas de fronteiras no país. A zona de fronteira pertence à União, e, caso as terras indígenas estejam nessa faixa, não resta dúvida que estas pertencem à União por dupla afetação: por estarem na faixa de fronteira e por serem terras indígenas. Como dito acerca do surgimento de pontos de vista extremados e equivocados, há quem entenda que é incompatível a presença dos índios na faixa de fronteira e preservação da segurança nacional, como há quem entenda que o Estado não possa preservar suas fronteiras se estas estiverem afetadas aos índios, pois tal presença seria prejudicial aos índios. Ambas as posições estão equivocadas, segundo a afirmação de Antunes (2006), e não atendem ao interesse nacional no sentido abstrato, uma vez que se trata de dois bens jurídicos relevantes e não conflitantes, pois ambos possuem previsão constitucional.

Nesse sentido, como bem lembra Cunha (1994), os povos indígenas que viviam na várzea amazônica foram escravizados para alimentar Belém em mão-de-obra, sendo que alguns grupos foram mantidos em seus lugares de origem apenas para atestarem e defenderem os limites da colonização portuguesa e foram os responsáveis pelas fronteiras atuais da Amazônia em suas regiões.

É o caso dos Macuxi e Wapixana, na Roraima atual, chamados no século XVIII de *murallas do sertão*. O Barão do Rio Branco e Joaquim Nabuco fundamentaram na presença destes povos e nas suas relações com os portugueses a reivindicação brasileira na disputa de limites com a então Guiana inglesa, no início deste século. E há quem venha agora dizer que os Macuxi se instalaram apenas recentemente na área Raposa-Serra do Sol! Do ponto de vista da justiça histórica, é chocante hoje se contestar a conveniência de grupos indígenas povoarem as fronteiras amazônicas que eles ajudaram a consolidar (CUNHA, 1994, p. 125) (itálico da autora).

Cumpra, ainda, observar, ao lado de todos os argumentos já expostos, a importância dos povos indígenas para a sociodiversidade, entendida como um patrimônio de diversidade de culturas. Quanto mais rica em sociodiversidade, mais possibilidades de lidar com as

questões cada vez mais complexas dos nossos tempos, uma vez que esta demanda experiência acumulada. Para tanto é necessário garantir a sobrevivência das sociedades que as produzem. Assim, é preciso reconhecer e valorizar a identidade étnica específica de cada uma das sociedades indígenas em particular, compreender suas formas de organização social de ocupação da terra, de uso dos recursos naturais, respeitando os direitos de cada uma delas, bem como propiciando um convívio pacífico, por meio de um intercâmbio cultural com as diversas etnias.

O respeito pela diversidade, o sistema multiétnico é, atualmente, condição essencial para sobrevivência das sociedades tradicionais.



## 2 NOÇÃO GERAL DE POSSE E PROPRIEDADE NO BRASIL

### 2.1 POSSE E PROPRIEDADE

A posse é, provavelmente, o instituto mais controverso do Direito, uma vez que tudo que se refere a ele é objeto de discussão doutrinária, seja conceito, natureza jurídica, origem, elementos etc.

Segundo Venosa (2011, p. 30), “na concepção mais aceita, o vocábulo posse provém de *possidere*; ao verbo *sedere* apõe-se o prefixo enfático *por*. Nesse sentido (semântico), *posse* prende-se ao poder físico de alguém sobre a coisa”. Contudo, há quem defenda que o termo deriva de *potis*, que significa senhor, amo.

De acordo com Maria Helena Diniz (2006), posse pode ser entendida em seus sentidos impróprios, como propriedade, condição de aquisição de domínio, exercício de um direito, compromisso de funcionário público, dentre outros, e em seu sentido próprio ou técnico. Há duas grandes escolas que buscam definir o sentido técnico ou próprio da posse. Pela teoria subjetiva de Savigny, “posse é o poder imediato que tem a pessoa de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a agressão de quem quer que seja”. Por essa teoria, a posse é composta pelo *corpus* e pelo *animus domini*. Já para a teoria objetiva de Ihering, “posse é a exteriorização do domínio, ou seja, a relação exterior intencional, existente, normalmente, entre o proprietário e sua coisa”. Por essa teoria, para que haja posse basta o *corpus*. O *animus* é inerente ao poder de fato exercido pela coisa, pois o que importa é a destinação econômica do bem.

Como visto, em seu sentido próprio ou técnico, posse não se confunde com propriedade, sendo fundamental diferenciar posse de propriedade. De acordo com a teoria tradicional, posse é a relação de fato entre a pessoa e a coisa. Conforme o entendimento de Venosa (2011, p. 28), “a posse trata de estado de aparência juridicamente relevante, ou seja, estado de fato protegido pelo direito”. Segundo esse autor, a posse é o fato que permite e possibilita o exercício do direito de propriedade, pois que não tem a posse não pode utilizar-se da coisa.

Em relação à natureza da posse, a doutrina divide-se em três correntes. Segundo a

primeira corrente, defendida por Windscheid, dentre outros, a posse é um fato. De conformidade com a segunda corrente, encabeçada por Savigny, posse é um fato e um direito. Já pela terceira corrente, sustentada por Ihering, posse é um direito. De acordo com Diniz (2006), a maioria dos nossos civilistas reconhece a posse como um direito real, uma vez que ela é oponível *erga omnes* e incide em objeto obrigatoriamente determinado.

Dessa forma, de acordo com Venosa (2011), pode-se afirmar que a posse é um fato do mundo natural, preexistente ao ordenamento jurídico, que recebe proteção jurídica por ser exteriorização da propriedade e indício de sua existência. Já a propriedade, embora espelhe um direito, não é tão facilmente identificada.

O conceito e a compreensão, até atingir a concepção moderna de propriedade privada, sofreram inúmeras influências no curso da história dos vários povos, desde a antiguidade. A história da propriedade é decorrência direta da organização política. [...] nas sociedades primitivas, somente existia propriedade para as coisas móveis, exclusivamente para objetos de uso pessoal [...]. É difícil precisar o momento em que surge, na sociedade romana, a primeira forma de propriedade territorial. [...]. Na Idade Média, a propriedade perde o caráter unitário e exclusivista. Com as diferentes culturas bárbaras, modificam-se os conceitos jurídicos. O território, mais do que nada, passa a ser sinônimo de poder. A ideia de propriedade está ligada a de soberania nacional. Os vassallos serviam ao senhor. Não eram senhores do solo. O Direito Canônico incute a ideia de que o homem está legitimado a adquirir bens, pois a propriedade privada é garantia de liberdade individual. A partir do século XVIII, a escola do direito natural passa a reclamar leis que definam propriedade. A Revolução Francesa recepciona a ideia romana. O Código de Napoleão, como consequência, traça a conhecida concepção extremamente individualista do instituto [...]. Esse exagerado individualismo perde força no século XIX com a revolução e o desenvolvimento industrial e com as doutrinas socializantes. Passa a ser buscado um sentido social na propriedade (VENOSA, 2006, p. 165-167)

Assim, percebemos que no início das civilizações, as formas de propriedade eram, sobretudo, comunitárias. A raiz histórica da propriedade encontra-se no direito romano, pois na era romana predominava um sentido individualista de propriedade.

A propriedade coletiva foi dando lugar à privada, passando pelas seguintes etapas, que Hahnermann Guimarães assim resume: 1º) propriedade individual sobre os objetos necessários à existência de cada um; 2º) propriedade individual sobre os bens de uso particular, suscetíveis de serem trocados com outras pessoas; 3º) propriedade dos meios de trabalho e de produção; e 4º) propriedade individual nos moldes capitalistas, ou seja, seu dono pode explorá-la de modo absoluto (DINIZ, 2006, p. 114)

Ainda, segundo a mesma autora, “há grande divergência entre os autores sobre a questão da legitimidade da propriedade” (DINIZ, 2006, p. 114). Alguns, como Grócio, fundamentam a propriedade na ocupação de bens ainda não apropriados por ninguém. Outros, como Montesquieu, buscam na lei esse fundamento. Locke, dentre outros, afirmam que o trabalho seria o único criador de bens, e único fundamento legítimo da propriedade. Pela teoria da natureza humana, o fundamento da propriedade é a natureza humana, pois seria o instinto de preservação que levaria o homem a se apropriar de bens para satisfazer suas

necessidades físicas e morais, sendo essa a teoria mais aceita atualmente para fundamentar a propriedade.

Feitas essas considerações, pode-se conceituar a propriedade como o direito que tem a pessoa, física ou jurídica, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, seja ele corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha. Esse conceito, embora não seja aberto, deve ser necessariamente dinâmico, pois recebe influência direta do regime político em cujo sistema é concebido, não existindo, dessa forma, um conceito único desse instituto.

Conforme anota Diniz (2006), a propriedade é constituída pelos seguintes elementos: *jus utendi, fruendi e abutendi* e *a rei vindicatio*. “A propriedade não é a soma desses atributos, ela é do direito que compreende o poder de agir diversamente em relação ao bem, usando, gozando ou dispondo dele” (DINIZ, 2006, p. 122).

## 2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Conforme verificado, o conceito de propriedade se altera com o decorrer do tempo e, atualmente, o poder do proprietário sobre o bem é relativizado pela função social da propriedade.

Sem dúvida, embora a propriedade móvel continue a ter sua relevância, a questão da propriedade imóvel, a moradia e o uso adequado da terra passam a ser a grande, senão a maior questão do século XX, agravada nesse início de século XXI pelo crescimento populacional e empobrecimento geral das nações. Este novo século terá sem dúvida, como desafio, situar devidamente a utilização social da propriedade (VENOSA, 2011, p. 167).

Segundo Jelinek (2006), a teoria de Duguit constitui um marco histórico na evolução do direito de propriedade, quando, no início do século XX, traz o conceito originário de função social da propriedade. Influenciado por Augusto Comte, Duguit (1975) concluiu que a propriedade não tem mais um caráter absoluto, e que mais que direitos na sociedade, cada indivíduo tem uma função a cumprir na sociedade. Por esta teoria, todos têm deveres, inclusive o Estado.

Duguit sustenta que a propriedade não tem mais um caráter absoluto e intangível e que o proprietário, pelo fato de possuir uma riqueza (propriedade), deve cumprir uma função social. Seus direitos de proprietário só estarão protegidos se ele cultivar a terra ou se não permitir a ruína de sua casa, caso contrário será legítima a intervenção do Estado no sentido de obrigar o cumprimento de sua função social. Ao sustentar a transformação geral da concepção jurídica da propriedade, que deixa de ser um direito subjetivo do proprietário para converter-se em função social do possuidor da riqueza, Duguit parte da premissa de que a propriedade é uma instituição jurídica que, como qualquer outra, formou-se para responder a uma

necessidade econômica, e estas necessidades, transformando-se em necessidades sociais, transformaram a propriedade em função social, considerando a interdependência dos elementos sociais. Assim, a propriedade evoluiu de acordo com as modificações das necessidades econômicas (JELINEK, 2006, p. 11).

Dessa forma, percebe-se que o princípio da função social da propriedade representa uma relativização ao direito de propriedade, já que o proprietário deve cumprir com algumas condições para manter seu imóvel. Esse princípio constitucional representa uma evolução no conceito de propriedade, pois já não se contempla apenas o indivíduo, mas a sociedade, não contemplando um caráter absoluto e individual, mas um caráter relativo e social, que significa uma inclusão consciente das questões sociais e econômicas no plano jurídico.

Segundo Chagas (2000), “o direito do titular implica o poder de usar livremente a coisa, porém por sua vez supõe o dever de utilizá-la de maneira que não se desnaturalize” uma vez que a capacidade de produzir interessa a toda a sociedade que dela depende para produção de bens de consumo, principalmente alimentação.

Para Antônio C. Vivanco, a função social da propriedade representaria nada mais nada menos que o reconhecimento de todo titular do domínio, de que por ser um membro da comunidade tem direitos e obrigações com relação aos demais membros, de maneira que se ele pode chegar a ser titular do domínio, tem a obrigação de cumprir com o direito dos demais sujeitos, que consiste em não realizar ato algum que possa impedir ou obstaculizar o bem de ditos sujeitos, ou seja, da comunidade (CHAGAS, 2000, p. 1).

A Constituição Federal de 1988 trata da função social da propriedade rural, indicando, em seu artigo 184, que é passível de desapropriação para fins de reforma agrária o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social. Ainda, no artigo 186, a Carta Magna discrimina quando é considerada cumprida a função social, ou seja, quando a propriedade rural atende, simultaneamente, o aproveitamento racional e adequado, com a utilização dos recursos naturais disponíveis, preservação do meio ambiente, cumprimento das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e trabalhadores.

Como se percebe, se a propriedade rural não estiver cumprindo sua função social, o Poder Público está legitimado, por preceito constitucional, a promover a desapropriação do imóvel rural para fins de reforma agrária. Isso porque o interesse social exige que seja dado ao imóvel uma destinação produtiva.

Num sentido mais aberto, o interesse social está a englobar tanto motivos de natureza necessária, urgente e imprescindível, como razões de natureza tal que o tempo não seja traço dominante da intervenção. Mas o fundamental é fixarmos que “no campo do direito público, a expressão interesse social adquire sentido técnico e específico, designando a nota dominante de uma dada classe social, que exige solução urgente, inadiável para o Estado moderno”. Daí que a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, deve visar ao benefício daquelas

famílias carentes de trabalhadores rurais que lutam por um pedaço de terra onde possam buscar o progresso social e econômico de seus integrantes (OLIVEIRA, 2009, p. 185).

Observa-se que, em se tratando de propriedade rural, a CF ampliou a concepção de função social. Nesses casos, é necessária não apenas a produtividade adequada, mas também o cumprimento da legislação ecológica. Sabe-se que se mal desempenhada, a atividade agrícola choca-se com a preservação do meio ambiente. Dessa forma, percebe-se a importância da adoção do critério de preservação do meio ambiente para cumprimento da função social da propriedade rural. Nesse sentido, Oliveira (2009, p. 174) afirma que “a utilização inadequada dos recursos naturais disponíveis, que comprometa a preservação do meio ambiente, deve ser considerada com rigor quando da avaliação discricionária do poder público para disparar o processo expropriatório”.

Não menos importantes os critérios de observância das disposições que regulam a relações de trabalho e a determinação de exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores, pois se trata da preservação do elemento humano, e de sua dignidade. Em relação ao primeiro critério, a observância das relações de trabalho, não se trata de mero ajuizamento de reclamação trabalhista, mas de situação de maior gravidade, como, por exemplo, a existência de trabalho escravo. Sob esse prisma, o último critério seria de certa forma redundante, em face do critério anteriormente explicitado.

Caso a propriedade rural não esteja cumprindo sua função social, ao ser desapropriada, deve-se levar em consideração essa realidade no momento de proceder a prévia e justa indenização que trata o artigo 184 da Carta Magna.

Instrumento clássico para a realização da política da redistribuição de propriedade é a desapropriação por interesse social. Ora, essa espécie de expropriação não representa o sacrifício de um direito individual às exigências de necessidade ou utilidade público-patrimonial. Ela constitui, na verdade, a imposição administrativa de uma sanção, pelo descumprimento do dever, que incumbe a todo proprietário, de dar a certos e determinados bens uma destinação social. Por isso mesmo, é antijurídico atribuir ao expropriado, em tal caso, uma indenização completa, correspondente ao valor venal do bem mais juros compensatórios, como se não tivesse abuso de direito de propriedade. A Constituição, aliás, tanto no art. 5º, XXIV, quanto no art. 182, parágrafo 3º, e no art. 184, não fala em indenização pelo valor do mercado, mas sim, em **justa** indenização, o que é bem diferente. A justiça indenizatória, no caso, é obviamente uma regra de proporcionalidade, ou seja, adaptação da decisão judiciária às circunstâncias de cada caso. Ressarcir integralmente aquele que descumpra o seu dever fundamental de proprietário é proceder com manifesta injustiça, premiando o abuso (COMPARATO *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 180).

A desapropriação é uma das mais drásticas formas de intervenção do Estado na propriedade privada e pode ser definida, nas palavras de Cretella Júnior (1989), como “o procedimento complexo de direito público, mediante o qual o Estado, fundamentado na

utilidade pública, na necessidade pública ou no interesse social, subtrai, em benefício próprio ou de terceiros, bens do proprietário, mediante prévia indenização”. Esse, contudo, foi o mecanismo escolhido pela CF de promoção da reforma agrária, quando presente o interesse social, na medida em que o imóvel rural não esteja cumprindo sua função social. Nesse caso, deve o Estado promover a desapropriação do imóvel para dar-lhe destinação produtiva através de projetos de assentamento de famílias de trabalhadores rurais, uma vez que o particular é o destinatário dos bens expropriados na desapropriação por interesse social.

Daí se depreende que a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, deve visar atender às necessidades das famílias de trabalhadores rurais que lutam por um pedaço de terra onde possam produzir e buscar o progresso social e econômico dessas famílias.

## 2.3 BENS PÚBLICOS

O Estado exerce poderes de soberania sobre todas as coisas que se encontram em seu território, sejam elas pertencentes ao Estado ou a particulares, sendo que estas últimas sujeitam-se às limitações impostas pelo Estado. Alguns bens, contudo, não pertencem a ninguém e são inapropriáveis, mas o Estado regulamenta sua utilização.

De acordo com Meirelles (2006, p. 514-515), o “conjunto de bens sujeitos ou pertencentes ao Estado constitui o *domínio público*”. O conceito de domínio público é controverso, mas o entendimento mais aceito entre os administrativistas é de que o “domínio, como direito de propriedade, só é exercido sobre os bens pertencentes às entidades públicas e, como poder de Soberania interna, alcança tanto os bens públicos como as coisas particulares de interesse coletivo” (MEIRELLES, 2006, p. 515). Assim, por domínio entende-se o poder que o Estado exerce sobre bens próprios e alheios.

Por seu turno, Mello (2006, p. 858) conceitua bens públicos como “todos os bens que pertencem às *personas jurídicas de Direito Público*, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público”. Dessa forma, domínio público é o conjunto de bens públicos, composto por bens móveis e imóveis.

Num sentido mais amplo, Meirelles (2006, p. 518) conceitua bens públicos como “todas as coisas corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e

empresas governamentais”.

De acordo com o artigo 99 do Código Civil (BRASIL, 2010b, p. 157), os bens públicos, sob o aspecto jurídico, classificam-se em: I- bens de uso comum do povo ou do domínio público, que são bens que não pertencem aos Estados, mas a toda a coletividade, sem destinação específica, como mares, praças, rios, estradas, ruas e parques; II- bens de uso especial ou do patrimônio administrativo, que são bens com uma destinação especial porque se destinam a instrumentalizar o serviço público, e que são, por essa razão, indisponíveis, como máquinas, veículos, bibliotecas, museus, escolas, fóruns e repartições públicas em geral; e III- bens dominicais ou patrimoniais disponíveis, que são todos os bens sobre os quais a Administração Pública exerce poderes de proprietário e que se diferenciam dos demais pela possibilidade de serem utilizados para qualquer fim, e de serem alienados, como, por exemplo, as terras devolutas.

Todos os bens vinculados ao Poder Público por relações de domínio ou serviço ficam sujeitos à sua administração. Daí o dizer-se que uns são bens do *domínio público*, e outros, bens do *patrimônio administrativo*. Com mais rigor técnico, tais bens são reclassificados, para feitos administrativos, em *bens do domínio público* (Os da primeira categoria: de uso comum do povo), *bens patrimoniais indisponíveis* (os da segunda categoria: de uso especial) e *bens patrimoniais disponíveis* (os da terceira e última categoria: dominiais), sendo se lê no Regulamento da Contabilidade Pública (MEIRELLES, 2006, p. 487).

Pode-se afirmar que o conceito de administração de bens indica o poder de utilização e conservação das coisas administradas, diferentemente da ideia de propriedade, que ainda inclui o poder de oneração e disponibilidade e a possibilidade de aquisição. A administração dos bens públicos, contudo, inclui a utilização e conservação de acordo com a destinação legal ou natural, com a possibilidade de alienação dos bens que não possuem utilidade ou conveniência ao domínio público bem como a de aquisição de novos bens que sejam necessários.

Em regra, os bens públicos são imprescritíveis, impenhoráveis e não sujeitos a oneração.

Afetação significa conferir uma destinação ao bem público e a desafetação consiste em retirar do bem a destinação anteriormente conferida a ele.

## **2.4 TERRAS DEVOLUTAS**

Sabe-se que no Brasil, originariamente, todas as terras foram públicas e pertencentes à Coroa Portuguesa. Após, passaram para o Império e República, sempre pertencendo ao

Estado. Por meio de concessão de sesmarias, compra e venda, doação, permuta e legitimação de posses, foram aos poucos sendo transferidas aos particulares.

No início da ocupação do território brasileiro, a distribuição de terras era feita pelo regime de sesmarias, que perdurou por todo o período colonial. Contudo, no final do século XVIII, disseminava a aquisição da terra por posse. De acordo com Cavalcante (2005), o período compreendido entre os anos de 1822 até 1850 ficou conhecido como fase áurea do posseiro, pois a posse passou a ser a única forma de aquisição de domínio sobre as terras, mesmo que apenas de fato, uma vez que o regime de sesmarias foi extinto em 1822 e a Lei de Terras só foi editada em 1850, gerando um período em que não vigorou lei alguma.

Com o advento da Lei de Terras, a única forma de aquisição de terras seria compra, não sendo permitidas novas concessões de sesmarias, nem a ocupação por posse.

Eram consideradas terras devolutas todas aquelas que não estavam sob os cuidados do poder público em todas as suas instâncias (nacional, provincial ou municipal) e aquelas que não pertenciam a nenhum particular, sejam estas concedidas por sesmarias ou ocupadas por posse. No período colonial, o termo “terra devoluta” era empregado para designar a terra cujo concessionário não cumpria as condições impostas para sua utilização, o que ocasionava a sua devolução a quem a concedeu: a Coroa. Com o tempo, esse termo passou a ter o significado de vago. Esses dois significados são confundidos na lei, pois todas as terras não ocupadas ou não cultivadas (condição do concessionário) deveriam ser tratadas como terras devolutas e, portanto, pertencentes ao patrimônio nacional (CAVALCANTE, 2005, s.p.)

De acordo com Meirelles (2006), “terras devolutas são todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos”.

Portanto, terras devolutas são aquelas que pertencem ao Estado, mas que não são destinadas a qualquer uso específico.

Pode-se definir as terras devolutas como sendo as que, dada a origem pública da propriedade fundiária no Brasil, pertencem ao Estado – sem estarem aplicadas a qualquer uso público – porque nem foram trespassadas do Poder Público aos particulares, ou se o foram caíram em comisso, nem se integraram no domínio privado por algum título reconhecido como legítimo. (BURLAMAQUE, 2006, p. 312).

Até a proclamação da República, essas terras pertenciam à Nação, e, pela Constituição de 1891, foram transferidas aos Estados-membros. De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 20, as terras devolutas são bens da União, desde que sejam indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei. Por sua vez, o inciso IV, do artigo 26 indica que as demais pertencem ao Estado, desde que não estejam compreendidas entre as da União.

O deslinde das terras da União, dos Estados ou dos Municípios faz-se por meio da



*ação discriminatória*, regulada pela Lei 6.383, de 7.12.76, ação, essa, que se inicia com o chamamento dos interessados para exhibir seus títulos de propriedade e termina com o julgamento do domínio e subsequente demarcação para o registro, como dispõe a Lei 5.972, de 11.12.73. No âmbito federal a discriminação de terras é promovida pelo INCRA (MEIRELLES, 2006, p. 549).

Caso a matrícula e o registro de imóvel rural sejam provenientes de títulos nulos de pleno direito ou não realizados conforme as normas vigentes, estes podem ser cancelados. A pessoa jurídica de Direito Público interessada deve fazer o requerimento, sendo o cancelamento determinado pelo Corregedor-Geral de Justiça.

## 2.5 TERRAS INDÍGENAS

Também pertencem à União as terras ocupadas tradicionalmente pelos índios. Essas terras são as necessárias para a sobrevivência física e cultural das populações indígenas que as habitam.

As terras tradicionalmente habitadas pelos índios, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 231 da CF são aquelas

[...] 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 (BRASIL, 2010a, p. 73).

Essas terras são bens da União, sendo que sobre elas os povos indígenas detêm a posse permanente, com usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos. São terras que fazem parte do patrimônio da União, e, como tal, são inalienáveis e indisponíveis, não podendo ser utilizadas de nenhuma forma por pessoas que não os próprios índios. Ainda, os direitos sobre elas são imprescritíveis.

A inalienabilidade e a imprescritibilidade que gravam as terras indígenas opõem-se à União e às próprias comunidades indígenas, que, elas também, não poderão efetuar qualquer negócio jurídico que implique qualquer tipo de disposição ou alienação de seus direitos sobre as terras. A disposição é sábia. O legislador constituinte, de fato, estabeleceu um mecanismo que impede sejam os índios “convencidos” dos benefícios que poderiam advir da alienação ou disposição de “um pequeno trecho” das suas terras. O princípio estabelecido na Lei Fundamental impede que, por interesses estranhos à comunidade indígena, os índios dividam-se e passem a se autodestruir (ANTUNES, 2006, p. 929).

No conceito de terras indígenas está incluído, além do solo, todo o conjunto de bens que nelas existem, principalmente o patrimônio ecológico nelas existente. Com isso, não se pretende que os recursos que elas abrigam, como as riquezas minerais, madeira, o patrimônio

biogenético, sejam tidos como intocáveis. Contudo, é necessário que a utilização desses recursos não seja feita de forma predatória, e, conseqüentemente, coloque em risco a própria sobrevivência das comunidades indígenas.

O processo de demarcação é o meio administrativo pelo qual são declarados os limites dos territórios tradicionalmente ocupados pelos indígenas.

É dever da União Federal, que busca, com a demarcação das terras indígenas: a) resgatar uma dívida histórica com os primeiros habitantes destas terras; b) propiciar as condições fundamentais para a sobrevivência física e cultural desses povos; e c) preservar a diversidade cultural brasileira, tudo isto em cumprimento ao que é determinado pelo caput do artigo 231 da Constituição Federal (BRASIL, 2012c, p. 2).

Quando uma comunidade indígena tiver direitos sobre uma determinada área, cabe ao poder público identificar e delimitar essa área, fazendo a demarcação física de seus limites, procedendo ao registro em cartório de registro de imóveis e protegendo essa área. A demarcação e proteção das terras indígenas é de vital importância, tanto para os povos indígenas e a preservação de sua cultura, quanto para o Brasil, pois permite a proteção da biodiversidade brasileira. Os povos indígenas estão espalhados por diversos pontos no País, vivendo em biomas diversos, dos quais detêm um profundo conhecimento.

A demarcação é apenas uma fase do processo de regularização das terras indígenas. O processo administrativo de demarcação das terras indígenas é regulamentado pela Lei nº 6.001, de 19/12/1973, conhecida como Estatuto do Índio, e pelo Decreto nº 1.775, de 08/01/1996. Esta legislação indica que cabe à FUNAI iniciar, orientar e executar a demarcação dessas terras.

De acordo com a FUNAI (BRASIL, 2012c, p. 3), o início do processo de demarcação ocorre com a identificação e delimitação, ocasião em que é constituído um grupo técnico de trabalho, composto por técnicos da FUNAI, do INCRA e/ou da secretaria estadual de terras da localização do imóvel. O processo conta com a participação da comunidade indígena. O grupo de trabalho realiza estudos de campo, em centros de documentação e em diversos órgãos, elaborando um relatório que servirá de base aos passos seguintes, e, cujo resumo, é publicado no Diário Oficial da União, bem como do estado de localização da área. Ainda, uma cópia da publicação é afixada na sede do município da comarca onde se situa a área.

Os estudos antropológicos e os complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário, realizados nesta fase, deverão caracterizar e fundamentar a terra como tradicionalmente ocupada pelos índios, conforme os preceitos constitucionais, e apresentar elementos visando à concretização das fases subsequentes à regularização total da terra. É com base nestes estudos, que são aprovados pelo Presidente da FUNAI, que a área será declarada de ocupação tradicional do grupo indígena a que se refere, por ato do Ministro da Justiça – portaria declaratória publicada no Diário Oficial da União –

reconhecendo-se, assim, formal e objetivamente, o direito originário indígena sobre uma determinada extensão do território brasileiro (BRASIL, 2012c, p. 4).

As partes interessadas podem apresentar contestação no prazo compreendido entre o início do processo demarcatório até 90 dias da publicação do resumo do relatório nos Diários Oficiais da União e do Estado. As contestações são analisadas pelos técnicos da FUNAI, cabendo ao presidente deste órgão optar entre o reestudo da área ou a sua confirmação, com o prosseguimento do processo. Esses estudos e contestações são encaminhados ao Ministério da Justiça, e, após análise, com a aprovação dos estudos, há a declaração de que a área é de ocupação tradicional do grupo indígena, indicando a superfície, o perímetro e os limites da terra indígena, com a determinação de sua demarcação física.

Ainda, a demarcação física é o momento em que se materializam os limites da terra indígena. Após a preparação da documentação para confirmação dos limites demarcados, ocorre a homologação, por meio de um decreto presidencial.

A conclusão do processo administrativo se dá com o registro no Cartório de Registro de Imóveis da comarca onde se situa a terra indígena, bem como na Secretaria de Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

Quando há a presença de não-índios na terra indígena, identificados na fase de delimitação, são realizados estudos para aferir a boa fé, a fim de se determinar se haverá ou não a indenização de tais benfeitorias. O pagamento das benfeitorias decorrentes da ocupação de boa fé é realizado por meio de disponibilização orçamentária realizada pela União.

Mas a proteção às terras indígenas não se esgota com a demarcação administrativa. São necessárias outras medidas objetivando prevenir e sanar situações de exploração econômica indevida e reintegração de posse de territórios pelos povos indígenas.

O grande desafio, em se tratando de terras indígenas, é assegurar aos povos indígenas que nelas habitam um processo próprio de desenvolvimento, que esteja de acordo com os anseios desses povos. E, ainda, a mudança de paradigma, substituindo o velho modelo de indigenismo, caracterizado pelo paternalismo e integracionismo, por um novo modelo que assegure os direitos dos índios, bem como a sobrevivência de suas culturas, e do pluralismo multiétnico do povo brasileiro, do qual esses povos são parte integrante.

## **3 A CONDIÇÃO POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

### **3.1 O FUNDAMENTO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS**

A Constituição é a lei fundamental de um país, sobre a qual se assenta todo o ordenamento jurídico. Dessa supremacia da Constituição decorre a máxima segundo a qual todas as demais regras não podem contrariar o que ela dispõe, tanto no sentido formal quanto no sentido material.

Assim, considerando a supremacia dessas normas, Silva (2007, p. 27) define “Constituição como um conjunto de normas e princípios consubstanciados num documento solene estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos especiais previstos no seu texto”. Kelsen (2003, p. 130) afirma que “Constituição [...] é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender”.

Dessa forma, é necessário criar mecanismos para impedir a introdução no ordenamento jurídico de leis que contrariem as disposições constitucionais, sejam elas de ordem formal ou material. Porém, a forma para alcançar esse controle tem gerado muita polêmica, pelo poder conferido ao órgão encarregado dessa função.

Segundo Silva (1985), o constitucionalismo, para responder à questão do controle de constitucionalidade, passou por três fases, sendo a primeira política total, na qual o controle de constitucionalidade das leis tem um caráter eminentemente político. Num segundo momento, por meio do pensamento liberal, o controle é efetuado por um poder neutro ou moderador, confiado ao monarca ou Chefe do Executivo. E, após a Primeira Guerra Mundial, surge o “sistema austríaco de justiça constitucional”, idealizado por Kelsen e implantado pela Constituição da Áustria de 1920, onde o controle de constitucionalidade fica a cargo de um tribunal especializado em matéria constitucional.

Conforme descrito por Roman (2007, p. 53), em sua concepção originária o tribunal constitucional apresentava as seguintes características: tratar exclusivamente da questão constitucional, não analisando casos concretos entre partes, adotar um processo objetivo e exclusividade na apreciação da constitucionalidade das leis, afastando tal análise dos demais

órgãos judiciários. Contudo, tal autor afirma que a proposta original do tribunal constitucional vai se tornando cada vez mais história, pela internacionalização e aproximação dos modelos austríaco, ou concentrado e americano, ou difuso.

Canotilho (2002, p. 886) define “**justiça constitucional** como o complexo de actividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes” (negrito pelo autor).

Por seu turno, Bonavides (2011, p. 297-298) apresenta a diferenciação entre o conceito de controle formal do conceito de controle material, afirmando que o primeiro é um controle estritamente jurídico, uma vez que examina se as leis foram criadas de conformidade com a Constituição, se foram observadas as regras para elaboração das leis, enquanto o segundo incide sobre o conteúdo da norma, tendo, portanto, elevado teor de politicidade.

Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais. É controle criativo, substancialmente político. [...] Por esse controle, a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional se substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja consequência mais grave seria a anulação ou paralisia do princípio da separação de poderes (BONAVIDES, 2011, p. 299).

Em consequência, para tentar evitar essa preponderância de um poder sobre os demais, alguns sistemas constitucionais preveem a criação de um órgão distinto dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que pode ser uma assembleia ou um conselho constitucional. Trata-se do controle por meio de um órgão político, desvinculado dos tribunais.

Por outro lado, há o sistema onde o controle de constitucionalidade é feito por um órgão jurisdicional. A crítica que se faz a esse sistema é a do grande poder conferido a esse órgão, que tutelaria o próprio Estado, assumindo uma posição eminentemente política. Contudo, se exercido no interesse dos cidadãos, esse sistema é o que melhor se conjuga as garantias de liberdade, guarda e proteção de valores.

Conclui-se, portanto, que do ponto de vista formal, tem-se um controle judicial, enquanto do ponto de vista material, de conteúdo, existe a dificuldade de afastar a fundamentação política, e os danos que daí podem advir.

Bonavides (2011, p. 317) afirma que “das vias habituais de controle, tem-se geralmente assinalado que a via de ação é *política* ao passo que a via de exceção é *judicial*”. E acrescenta que o caráter político da via de ação já foi retratado por Rui Barbosa (1962), em

sua obra *Trabalhos Jurídicos*:

Se fosse lícito levantar a questão de constitucionalidade *principal*, em vez de incidentalmente, tratar o exame do ato inconstitucional como *meio revogatório* da lei ou decreto, que se censura, a questão, ainda que de sua índole o não fosse, viria a se tornar política, pela sua forma, pela sua direção, pelo seu alcance. Política: porque abriria combate entre os poderes da União, entregando a uma autoridade soberana de cassação sobre os atos dos outros (BARBOSA *apud* BONAVIDES, 2011, p. 317).

A justiça constitucional pode ser dividida em dois grandes grupos, sob o ponto de vista de organização, segundo Canotilho (2002), o modelo unitário e o modelo de separação. No modelo unitário, a justiça constitucional não possui autonomia organizativo-institucional, uma vez que todos os tribunais têm a função de aferir a constitucionalidade das normas a serem aplicadas ao caso concreto que lhe couberem decidir. Portanto, nesse modelo, a jurisdição constitucional não se diferencia das demais, o que significa que não existe necessidade de uma jurisdição específica para apreciar questões de constitucionalidade, baseando-se num controle difuso, efetuado por qualquer órgão de jurisdição, atuando no caso concreto. Esse é o modelo adotado por vários países, dentre eles Estados Unidos, Canadá, Austrália, Suíça, Japão etc.

Já o modelo de separação, ou sistema europeu, entende a justiça constitucional como competência de um único órgão, com exclusão de quaisquer outros. Para tanto, é necessária a existência de um tribunal para apreciar as questões constitucionais, separado dos outros tribunais. Segundo Canotilho (2002, p. 890), “a ideia básica subjacente a este modelo é a de que a decisão de questões jurídico-constitucionais representa uma função jurisdicional em sentido material”, não se tratando apenas de questões político-constitucionais. Nesse modelo, o órgão competente para fiscalização pode ser um órgão da jurisdição ordinária, quanto um órgão especialmente criado para tal atribuição. Esse sistema se desenvolveu para defender a Constituição de ataques políticos e ideológicos, e funda-se no controle de constituição concentrado. Tal modelo é adotado por países como a Alemanha, Áustria, Portugal, Espanha, Bélgica, Chile, Peru, dentre outros.

De acordo com Silva (2007, p. 531), o Brasil possui um sistema misto, embora fundado no sistema norte-americano, pois evoluiu combinando o controle difuso com o controle concentrado. Afirma, ainda, que isso não aproxima o Supremo Tribunal Federal (STF) às Cortes Constitucionais Europeias, uma vez que nestas o controle concentrado não se funda em ações diretas.

A outra novidade está em ter reduzido a competência do STF à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e qualquer juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção.

Segundo porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda é, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos – sua preocupação, como regra no sistema difuso – será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades (SILVA, 2007, p. 531-532).

Assim, segundo autores como Cappelletti (1984, p.13) e Roman (2007, p. 53), existe em diversos países, dentre os quais o Brasil, um movimento de aproximação entre os sistemas americano e austríaco, considerados contrapostos em suas origens, mas que estão se harmonizando, miscigenando e unificando.

O que se pretende é a identificação de tribunal constitucional a partir de suas funções típicas, dentre as quais o controle de constitucionalidade das leis, e não de sua atuação exclusiva em matéria constitucional e sua desvinculação ao Poder Judiciário.

Ademais, atualmente, a Constituição, ao ocupar posição de supremacia no sistema normativo, faz com que todos os órgãos, ao aplicar uma lei ou resolver um caso concreto, possam (devam) realizar a *compreensão constitucional* prévia. Nesse sentido, na advertência perspicaz de Tremps: ‘a delimitação, pois, do conceito de jurisdição constitucional em sentido material resulta impossível de fazer [...] já que toda aplicação do Direito supõe *potencialmente* uma aplicação constitucional.’ (TAVARES *apud* ROMAN, 2007, p. 54).

A Suprema Corte dos Estados Unidos é composta por nove juízes escolhidos pelo Presidente da República. Segundo Tavares Filho (2009, p. 5), o número de juízes não é determinado pela Constituição, podendo ser alterado por normas infraconstitucionais. Informa, ainda, que os juízes exercem o cargo sem limite de idade nem aposentadoria compulsória. Seus membros são investidos no cargo pelo Presidente da República após aprovação por maioria simples pelo Senado Federal. Tavares Filho (2009) acrescenta que não existem requisitos capacitários para escolha de juiz da Suprema Corte, sendo que qualquer cidadão americano pode integrá-la, porém, historicamente, “apenas advogados foram escolhidos, atendendo a critérios de competência, ética, preferências políticas, recompensa política ou pessoa e busca de futuro apoio político” (TAVARES FILHO, 2009, p. 5).

O Tribunal Constitucional da Áustria é composto por catorze membros e seis suplentes.

O Presidente, o Vice-Presidente, seis membros e três suplentes serão escolhidos pelo Poder Executivo (Governo Federal), dentre magistrados, funcionários administrativos e catedráticos das faculdades de Direito e Ciências Políticas. Outros seis membros e três suplentes serão escolhidos pelo Parlamento, sendo três membros e dois suplentes pelo Conselho Nacional, por maioria qualificada, e três membros e um suplente pelo Conselho Federal, por maioria absoluta. [...] Requisitos Capacitários: ser formado em Direito e Ciências Políticas, e ter exercido por no mínimo dez anos profissão para a qual se exija tal qualificação (TAVARES FILHO, 2009, p. 7).

Pode-se afirmar que a importância do controle de constitucionalidade está aumentando, principalmente por ser esta condição para a democracia. Também, de acordo com a posição de Bonavides (2004), se apresenta como indispensável a criação de uma instância imparcial e neutra para mediação de conflitos constitucionais. Para tanto, deve ser considerada a criação de uma Corte Constitucional cujos membros não sejam indicados pelo presidente da república, bem como que seja dissociada do Poder Judiciário. Na posição de outros autores, contudo, o melhor modelo seria o atual, com o tribunal constitucional sendo exercido pelo Poder Judiciário, com algumas correções quanto à nomeação de seus membros, duração de seus mandatos, volume de processos julgados, por ser o que melhor se adequa a esse papel.

### **3.2 A ORIGEM E EVOLUÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Em Portugal, os tribunais judiciais de segunda instância são chamados de Tribunal da Relação, ou simplesmente, Relação. No Brasil, segundo o STF (BRASIL, 2007), o primeiro Tribunal da Relação foi criado pelos portugueses em 1587, em Salvador. Contudo, não foi instalado, pois seus integrantes não chegaram ao Brasil. Assim, somente em 1609, Felipe III assinou o alvará que determinava sua instalação em Salvador. Em 1751 surge a Relação do Rio de Janeiro, criado por alvará de D. José I, perdendo a Relação de Salvador o nome de Relação do Brasil. Em 1763 a sede do governo geral é transferida de Salvador para o Rio de Janeiro.

A chegada da Família Real Portuguesa ao Brasil, fugindo da invasão de Napoleão, inviabilizou a remessa de agravos ordinários e apelações para a Casa de Suplicação de Lisboa, o que levou “o Príncipe Regente, D. João, por alvará de 10 de maio de 1808, converter a Relação do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação do Brasil” (BRASIL, 2007, s. p.)

Com a Proclamação da Independência, foi criado o Supremo Tribunal de Justiça, cuja competência era limitada, com juízes provenientes da Relação, que a ele tinham acesso por antiguidade. “O Supremo Tribunal de Justiça, integrado por 17 juízes, foi instalado em 9 de janeiro de 1829, na Casa do Ilustríssimo Senado da Câmara, tendo subsistido até 27 de fevereiro de 1891” (BRASIL, 2007, s. p.).

A Constituição Provisória publicada em 1890 adotou a denominação Supremo Tribunal Federal, e foi mantida no Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal. A Constituição de 1891, que instituiu o controle de constitucionalidade das



leis, dizia que o Supremo Tribunal Federal teria sua sede no Rio de Janeiro, compondo-se de 15 juízes, nomeados pelo Presidente da República com posterior aprovação pelo Senado, que poderiam ser escolhidos dentre os juízes seccionais ou cidadãos de notável saber e reputação, que possuíssem as condições de elegibilidade para o Senado, de conformidade com informações divulgadas pelo STF.

Em consulta realizada junto ao STF, obtém-se a informação de que a Constituição de 1934 mudou o nome do órgão para Corte Suprema, deu a seus membros a denominação de ministros e reduziu seu número para onze, explicitando que o notável saber tinha que ser jurídico e a reputação tinha que ser ilibada, escolhidos entre eleitores com mais de 35 anos e menos de 65. A Constituição de 1937 não trouxe ao órgão grandes mudanças, limitando-se a restituir-lhe o nome de Supremo Tribunal Federal e limitando a idade máxima em 58 anos. Já a Constituição de 1946 apenas esclareceu que a escolha seus membros deveria recair dentre brasileiros natos, com idade mínima de 35 anos, sem estabelecer a idade máxima, que seria de 70 anos, a mesma indicada para aposentadoria compulsória de todos os magistrados.

Com a mudança da capital federal, em 1960, o Supremo Tribunal Federal transferiu-se para Brasília.

No período do regime militar, o Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965 deu nova redação ao artigo 98 da Constituição de 1946 para aumentar o número de ministros para dezesseis, acréscimo mantido pela Constituição de 24 de janeiro de 1967, no artigo 113, aumento político, para nomear mais cinco ministros que apoiassem o regime militar. Com o Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, por decreto, o Presidente da República aposentou autoritariamente os ministros do Supremo que não se curvassem ao regime. Assim, conforme informações disponibilizadas pelo STF, em 16 de janeiro de 1969, três ministros foram aposentados, Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, que eram considerados de esquerda pelos militares.

Ao ouvirem o ato que os cassou – pela Voz do Brasil – outros dois ministros saíram por não concordarem com a aposentadoria compulsória: o então presidente da Corte, Gonçalves de Oliveira, e aquele que seria o seu sucessor na Presidência, Antônio Carlos Lafayette de Andrada (BRASIL, STF, 2010c, s. p.)

Após a aposentadoria dos ministros supracitados, não eram mais necessários dezesseis ministros. Dessa forma, o Ato Institucional n.º 6, de 1º de fevereiro de 1969, restabeleceu o número de onze ministros, através do não preenchimento das vagas que vagaram até alcançar o número pretendido, ou seja, onze ministros.

Restaurada a democracia, a Constituição de 5 de outubro de 1988 acentuou a competência precípua do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição.

### **3.3 A ESTRUTURA FORMAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA COMPOSIÇÃO**

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal.

Além do STF, compõem o Poder Judiciário o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Superior Tribunal de Justiça (STJ); Tribunais Regionais Federais (TRFs) e Juízes Federais; Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e Juízes do Trabalho; Tribunal Superior Eleitoral (TSE); Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) e Juízes Eleitorais; Superior Tribunal Militar (STM), Tribunais e Juízes Militares; e Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Conforme disposto pela CF (BRASIL, 2010a, p. 7), a República Federativa do Brasil, em sua organização político-administrativa, é formada pelos seguintes entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O STF, o CNJ e os Tribunais Superiores, STJ, TSE, TST, STM, têm sede em Brasília. O STF e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. Os Tribunais Regionais, TRFs, TREs, TRTs, têm jurisdição em sua respectiva região, e os Tribunais de Justiça têm sua jurisdição delimitada pelo território de cada Estado.

O STF é composto por 11 ministros, escolhidos pelo Presidente da República dentre os cidadãos brasileiros natos, que possuam mais de 35 e menos de 65 anos de idade, além de notável saber jurídico e reputação ilibada (artigo 12, parágrafo 3º, inciso IV e artigo 101, ambos da Constituição Federal) (BRASIL, 2010a, p.13 e p.40).

Não podem ter assento simultâneo no Tribunal, parentes consanguíneos ou afins na linha descendente ou ascendente, e na colateral, até o terceiro grau, inclusive (artigo 18 do Regimento Interno do STF).

O processo de nomeação para o cargo vitalício (artigo 95 da Constituição Federal combinado com o artigo 16 do Regimento Interno do STF) de Ministro do Supremo Tribunal Federal, descrito no artigo 101 da Carta Magna, inicia-se com a indicação pelo Presidente da República, observados os pré-requisitos constitucionais. Após, o indicado deve ser aprovado por maioria absoluta no Senado, cuja deliberação é precedida de arguição pública pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

Assim que aprovado pelo Senado, o escolhido é nomeado pelo Presidente da

República e está habilitado a tomar posse no cargo, em sessão solene do Plenário do Tribunal, e, uma vez empossado, só perde o cargo por renúncia, aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade ou *impeachment*.

Silva (2007), acompanhado de grande parte da doutrina, bem como de diversos setores da sociedade brasileira, faz uma crítica a esse sistema de escolha, em que predomina a vontade do Presidente da República, sem a participação de órgãos do Poder Judiciário e da sociedade como um todo. O sistema adotado sofre críticas por dar ao Presidente uma predominância que não favorece a democracia nem a independência do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Ainda, há a crítica ao poder de veto do Senado, que seria, na verdade, aprovação pelo Senado, uma vez que na história republicana só houve três vetos, o de um médico e dois gerais.

A Carta Magna (BRASIL, 2010a, p.29) dispõe, em seu artigo 52, II, que compete ao Senado Federal processar e julgar os Ministros do STF nos crimes de responsabilidade. Ainda, o parágrafo único desse artigo estabelece que a condenação se dará por dois terços dos votos, limitando-se à perda do cargo, com impedimento para o exercício de função pública pelo período de oito anos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Ainda, verifica-se que são órgãos do STF o Plenário, as duas Turmas e o Presidente do Tribunal. As Turmas são constituídas por 5 ministros cada uma, sendo que o ministro mais antigo preside a Turma, pelo período de um ano, vedada a recondução até que todos os membros tenham exercido a presidência.

O Presidente do Tribunal é eleito pelos próprios Ministros, por voto secreto, e seu mandato tem duração de dois anos, vedada a reeleição para o período seguinte. Muito embora não exista previsão a respeito, criou-se a tradição de eleger-se para ocupar o cargo de Presidente do Tribunal o Ministro mais antigo que ainda não ocupou o cargo.

Dentre as atribuições do Presidente estão as de representar o Tribunal perante os demais poderes e autoridades, velar pelas prerrogativas do Tribunal, dirigir os trabalhos e presidir as sessões plenárias, dentre outras.

Ainda, o presidente do STF é também o presidente do Conselho Nacional de Justiça.

Atualmente, o STF é composto pelos seguintes ministros: “Cezar Peluso, Presidente, Ayres Brito, vice-presidente, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber” (BRASIL, 2012d, s. p.).

Montesquieu (2010), em sua teoria sobre a tripartição de poderes, defende a independência do Legislativo, Executivo e Judiciário para um melhor funcionamento do

Estado. Em seu livro *Do Espírito das Leis*, ele afirma que se o poder de julgar estiver unido ao Poder Executivo, ele terá a força de um opressor. No Brasil, não há tal união direta, mas o simples fato de chegar ao cargo de ministro da mais alta corte do Judiciário por simples indicação do chefe do Executivo deixa clara a ligação entre eles.

Desde a criação do STF discute-se qual seria a melhor forma de indicação de seus membros. Muitos defendem que a forma de escolha dos ministros do STF, bem como da permanência no cargo, deveria ser feita como a de Tribunais Constitucionais da Europa. Nery Júnior (2002), ao discorrer sobre o Tribunal Alemão, esclarece que

[...] é órgão constitucional de todos os Poderes, situando-se no organograma do Estado ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, não sendo, portanto, órgão do Poder Judiciário e nem se situando acima dos Poderes Executivo e Legislativo. É formado por pessoas indicadas pelos Três Poderes, com mandato certo e transitório, vedada a contínua ou posterior recondução. O tribunal constitucional é, pois, suprapartidário. (NERY JÚNIOR, 2002, p. 24)

E prossegue afirmando que o STF é verdadeiramente uma Corte Constitucional, porém que carece de legitimidade para apreciar em último e definitivo grau as questões constitucionais por ser “órgão do Poder Judiciário, cujos membros são nomeados pelo Presidente da República sem critério de proporcionalidade ou representatividade dos demais poderes” (NERY JÚNIOR, 2002, p. 24).

Afirma, também, que os ministros do STF deveriam ter mandato por prazo determinado e indicados pelos Três Poderes, na proporção de um terço.

Nessa esteira, aparecem constantemente propostas de alteração do atual sistema. Há pouco tempo atrás, na reforma do Judiciário, tentou-se aprovar uma emenda que estabelecia que no mínimo dois terços dos Ministros do STF fossem escolhidos dentre os juízes de carreira com mais de 10 anos no cargo.

Rodrigues (s.d., p. 2-3) afirma que há inevitavelmente uma preponderância do Executivo sobre o Judiciário, devido ao processo de escolha de seus ministros, e prossegue dizendo que

[...] este sentimento é expresso por Bernard Schwartz em sua obra “Direito Constitucional Americano” (Forense, 1966), país no qual o critério para nomeação do Ministro da Suprema Corte é análogo ao Brasileiro, e demonstra a incoerência ora exposta: *“talvez a maior fraqueza, na prática, do sistema de selecionar os juízes federais nos Estados unidos se encontre no fato de que, muito frequentemente, o poder presidencial de nomear tenha sido usado para fins políticos... não se pode esperar que o Presidente nomeie indivíduos, por mais importante que sejam, cujos pontos de vista em questão de política pública sejam radicalmente diferentes do seu próprio. Ele tem obrigações políticas e pessoais que, por serem humanas, procurará cumprir por meio da nomeação para Suprema Corte. Além de ser Presidente ele é o líder de um partido político e terá sempre em mente suas considerações de ordem partidária”*(RODRIGUES, s.d., p. 3) (itálico do autor).

Por estas considerações, deduz-se que o sistema atual não é o mais adequado. É preciso que haja um debate amplo, envolvendo entidades ligadas ao direito, bem como toda a sociedade, a fim de se aprofundar essa discussão, e adotar um sistema mais adequado à independência dos poderes.

### **3.4 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Poder, de forma geral, significa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos, conforme dito por Bobbio (2002).

Em seu sentido social, contudo, entende-se por poder a habilidade de modificar o comportamento alheio, mesmo se houver resistência. Dentro do contexto sociológico existem diversos tipos de poder, como o poder político, poder militar, poder social, poder econômico, dentre outros.

Assim, conclui Bobbio (2002, p. 934) que “o poder social não é uma coisa ou sua posse: é uma relação entre pessoas”.

Dessa forma, delimitando o conceito de poder, podemos afirmar, portanto, que o poder é um fenômeno sociocultural, ou seja, que é um fato da vida social. Segundo Bobbio (2000, p. 76), “aquilo que ‘Estado’ e ‘política’ têm em comum [...] é a referência ao fenômeno do poder”. Ainda, de acordo com ele, não há teoria política que não esteja relacionada com a definição e análise do fenômeno do poder.

Uma vez reduzido o conceito de Estado ao de política e o conceito de política ao de poder, o problema a ser resolvido torna-se o de diferenciar o poder político de todas as outras formas que poder assumir a relação de poder. [...] Uma teoria realista do poder político como forma de poder distinta de qualquer outra forma de poder constitui-se através da elaboração, devida aos juristas medievais, do conceito de soberania ou *summa potestas*. [...] O poder político vai-se assim identificando com o exercício da força e passa a ser definido como aquele poder que, para obter os efeitos desejados, tem o direito de se servir da força, embora em última instância, como *extrema ratio*. [...] O uso da força física é condição necessária para a definição do poder político, mas não a condição suficiente (BOBBIO, 2000, p. 78-80).

Assim, podemos conceituar política como sendo uma relação de poder que advém da possibilidade do uso da força. Nas palavras de Rocha (2011, p. 25), “política é a capacidade de condicionamento do comportamento humano fundado na força física e no consenso decorrente da possibilidade do uso da força”.

Sendo o homem um ser político, a política se confunde com a vida em sociedade, daí

surgindo a necessidade de um governo e legitimando o Direito.

A necessidade de governo, ao trazer como consequência a sua legitimidade, materializa-se no conjunto de normas que se convencionaram como necessárias para garantia desse governo. A estrutura jurídica de uma sociedade não são somente as normas escritas e postas em consonância com a possibilidade de uso de força física, são normas dotadas de convencimento social de sua necessidade. O Direito se distingue pela sua legitimidade (ROCHA, 2011, p. 25)

Todavia, embora a força física seja um dos componentes na relação de poder, não é a única. Também estão presentes a força psíquica, as ideologias, as crenças, dentre outras.

Dessa forma, pode-se afirmar que ao Estado, detentor do poder político, cumpre ordenar as relações entre os demais grupos formadores da sociedade, a fim de manter a ordem e estimular o progresso, visando o bem comum. De acordo com Silva (2006, p. 107), daí “decorrem as três características fundamentais do poder político: unidade, indivisibilidade e indelegabilidade”. Contudo, sendo o Estado uma estrutura social, não possui vontade própria, mas manifesta através de seus órgãos.

O governo é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das *funções do poder político*. Este se manifesta mediante suas *funções*, que são exercidas e cumpridas pelos órgãos do governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, *uno, indivisível e indelegável*, se desdobra e se compõe de *várias funções*, fato que permite falar em *distinção das funções*, que fundamentalmente são três: a *legislativa*, a *executiva* e a *jurisdicional* (SILVA, 2006, p. 108) (itálico do autor).

Daí, claro fica que não se pode confundir as funções do Estado com a separação de poderes, sendo a primeira correspondente à distribuição das atribuições do Estado de acordo com sua natureza, presente em todos os Estados, sejam ou não organizadas. Já a segunda, trata-se de um fenômeno político e histórico, característico do Estado de Direito, como instrumento de autocontrole do poder.

Apesar de sugerida por outros autores, como Aristóteles, John Locke e Rousseau, a teoria da Separação de Poderes foi sistematizada e divulgada por Montesquieu, que a empregou como garantia de liberdade.

Segundo Montesquieu (2010), liberdade consiste no direito de fazer tudo o que a lei permite. Também afirma que por experiência imemorial, todo homem que detém o poder tende a abusar desse poder, até onde lhe são impostos limites. Para impor esses limites, é necessário organizar a sociedade política a fim de que o poder seja um freio ao poder, que o poder seja limitado pelo próprio poder. Nesse diapasão, Montesquieu (2010) distingue três formas de poder, o poder legislativo, o poder executivo, ou segundo ele próprio diz, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder judiciário, ou nas palavras

do autor, “o poder executivo das coisas que dependem do direito civil”. Assim, segundo Montesquieu (2010), a cada um dos poderes cabem determinadas funções. Ao poder legislativo cabe fazer as leis, ao poder executivo, que é atribuição do príncipe ou do magistrado, cumpre os atos de administração, e ao poder judiciário cumpre punir os crimes ou julgar os desentendimentos da ordem civil. Ainda segundo a linha seguida por Montesquieu, a liberdade existirá sempre que os cidadãos não tenham seu governo, sempre que haja o sentimento de segurança, de garantia e certeza de um ordenamento jurídico adequado a solucionar os conflitos de indivíduo para indivíduo. Então, Montesquieu explica como desaparece a liberdade quando mais de um poder concentra-se em um único detentor.

Há em cada Estado três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das que dependem do direito civil. [...] Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 2010, p. 169).

De acordo com Bonavides (1998), Montesquieu teorizou sobre a técnica de manter os três poderes em equilíbrio, distinguindo a faculdade de estatuir e a faculdade de impedir. Ainda, segundo ele, como a natureza das coisas consiste em movimento constante e não em imobilidade, eles devem atuar em harmonia, juntamente com as faculdades de estatuir e de impedir, o que seria uma antecipação à técnica dos *checks and balances*, desenvolvida posteriormente, na Inglaterra do século XVIII.

A separação de poderes, especialmente pensada por Montesquieu, tem o propósito de produzir um equilíbrio que garanta o exercício do poder sem o abuso. Ela é explicada pela “teoria dos freios e contrapesos”, segundo a qual os atos do Estado se dividem em “atos gerais” e “atos especiais”. Os gerais são atos indistintos, destinados a todas as situações equivalentes à sua prescrição, que se enquadram numa determinada especificação. Corresponde ao sentido atual de lei, que é de impessoalidade. Os atos especiais são atos concretos, de execução dos atos gerais. Nesse, ocorre a individualização da vontade da lei. Para ocorrer o equilíbrio e o controle entre os poderes é necessário que a autoridade responsável pelos atos gerais não interfira na execução dos atos especiais, e vice-versa. [...] Na distribuição tripartite de poderes, os atos gerais cabem ao legislativo, e os atos especiais cabem ao executivo e ao judiciário (ROCHA, 2011, p. 203).

A separação de poderes e a garantia dos direitos fundamentais do homem representam as bases onde se funda a Democracia Moderna, consistente no Estado de Direito e no constitucionalismo. A separação de poderes é um mecanismo de autocontrole do Estado, e a teoria dos freios e contrapesos restringe o poder ao exercício de sua competência. Os contrapesos representam a proteção de um poder contra os excessos do outro, como as

imunidades conferidas aos membros do poder legislativo, consistentes na inviolabilidade pessoal, na irresponsabilidade legal e no foro privilegiado. Os membros do poder judiciário possuem as garantias representadas pela inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, além do foro privilegiado. Os membros do poder executivo, dependendo do cargo, também possuem foro privilegiado.

Segundo Bonavides (2004), o executivo é o poder que mais infringe o princípio da separação dos poderes, e a sua ingerência no judiciário é um dos principais fatores de uma crise de legitimidade no STF.

A crise do Judiciário brasileiro tem sido assim em grande parte a crise do Supremo, como instituição que é a cabeça desse Poder: crise, portanto, de um Tribunal não raro contraposto ao espírito da Constituição e de suas fórmulas principiológicas, das quais ele, por escrúpulo de envolvimento em questões políticas, às vezes se mantém reservado e arredio desertando não raro a causa constitucional e se dobrando involuntariamente a interesses que privilegiam o Poder mais forte, ou seja, o Executivo, o mais infrator dos Poderes no que tange ao princípio da separação de Poderes (BONAVIDES, 2004, s. p.).

Apesar de reconhecer a importância histórica do princípio da separação de poderes, alguns autores, como Bonavides (1998), entendem que esse princípio deve ser reavaliado, pois ele paralisaria a ação do poder estatal. Segundo Hegel, citado por Bonavides (1998), a literal separação de poderes destruiria a unidade do poder estatal, por sua natureza indivisível. Dessa forma, o princípio da separação de poderes valeria exclusivamente por sua técnica distributiva de funções diversas entre órgãos relativamente separados.

Conforme afirma Coelho (2001, p. 40), as cortes constitucionais “situam-se fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, não podendo ser enquadradas nem entre os órgãos jurisdicionais, nem entre os legislativos, nem muito menos entre os órgãos executivos estatais.” Ele prossegue afirmando que às cortes constitucionais atribui-se “uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos três poderes tradicionais”, mas que atua sobre todos eles, na medida de obrigar à obediência às normas constitucionais. Assim, no Brasil, o STF, que atua como corte constitucional, deveria estar fora da estrutura do poder judiciário, e acima de todos os três poderes, por sua função primordial de guarda da Constituição.

Os tribunais constitucionais surgiram exatamente para desmanchar o nó da separação de poderes, para solucionar os dilemas constitucionais sem atribuir poder demais a um dos poderes, criando um órgão que possuísse essa atribuição, mas distinto dos poderes independentes.

Uma das mais relevantes funções no Estado Democrático de Direito vem a ser a Justiça Constitucional. Deveria constituir-se em órgão autônomo, fora dos três



clássicos poderes. Sua missão primordial é a garantia da Constituição, ou seja, o controle de constitucionalidade dos atos estatais. Entre nós, esta relevantíssima função é exercida por um órgão judiciário, o STF (PALU, 2004, p. 150).

É difícil perceber isso no Brasil, pois o STF aparece na estrutura do Poder Judiciário, e não como órgão autônomo, desvinculado de qualquer poder. Da ideia original ficou apenas a existência de um órgão com competência para resolver conflitos de matéria constitucional. Isso ocorreu por conta da relativização do princípio da separação de poderes, que hoje já não tem mais o sentido formulado por Montesquieu, de proteção de um poder em sua estrita função contra a ingerência indevida de outro. Mas hoje o que se entende por separação de poderes é a proteção dos órgãos na sua atribuição constitucional, sem uma estrita vinculação a funções típicas. As funções estão imbricadas entre todos os poderes, onde há uma colaboração entre eles. A separação de poderes é a garantia dentro da atribuição constitucional, e não uma função típica e de sua prerrogativa e exclusividade, pois esta não existe. Esta é a conclusão natural que se depreende do exposto nos itens 3.1 e 3.2, o STF como Tribunal Constitucional.

### **3.5 A LACUNA DA LEI E O PODER POLÍTICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DA POSSIBILIDADE LEGIFERANTE**

Sendo o direito dinâmico, e em constante movimento, a fim de acompanhar a sociedade na qual se insere, o legislador não consegue prever todas as situações para o presente e para o futuro. Ainda, as normas são genéricas e impessoais, e contém comandos abstratos, uma vez que não se referem a casos concretos, mas a possibilidades. Quando o fato se enquadra perfeitamente no comando da norma, ocorre o que se chama subsunção. Quando tal enquadramento não ocorre, bem como quando o juiz se depara com situações não previstas especificamente pelo legislador, este deve proceder à integração normativa, uma vez que não pode se eximir de julgar sob o pretexto de omissão da lei. A própria legislação se encarrega de esclarecer como o juiz deve proceder nesses casos, devendo este utilizar-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Aponta Francisco Amaral, com apoio em Wilson de Souza Campos Batalha, Larenz, Carlos Cossio e outros, a existência de duas concepções doutrinárias a respeito das lacunas de direito: a que reconhece existirem lacunas em todos os sistemas jurídicos, pela impossibilidade de se prever a totalidade das situações de fato que a vida oferece, e a que defende a inexistência de tais vazios, em face da plenitude da ordem jurídica. Se existem lacunas na lei, no direito não podem existir, e por isso, para os juristas que contestam a existência de lacunas, o direito, concebido como sistema, dispõe de princípios gerais dos quais sempre se poderá deduzir uma solução (GONÇALVES, 2012, p. 71).

Nesse diapasão, sob o ponto de vista dinâmico, a lei pode conter lacunas, mas o sistema não. Para isso, deve o juiz, ao confrontar-se com lacunas da lei, proceder a uma integração sistêmica das normas, ou utilizar-se da chamada plenitude lógica do sistema.

Ao confrontar-se com um caso concreto, o juiz deve analisá-lo para verificar se é caso de perfeita adequação do fato à norma, caso de subsunção, ou se deve proceder à integração normativa, ocasião em que o juiz deve procurar o sentido da norma, interpretando-a e buscando seu alcance.

Importante ressaltar os instrumentos que a lei prescreve para suprir os casos de lacuna no ordenamento jurídico, qual sejam, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Observa-se que a Constituição é uma lei e, dessa forma, deve ser interpretada como lei. Contudo, por sua importância e relevância, pela repercussão das decisões, pela concisão dos textos e mutabilidade das situações a que será aplicada, a interpretação da Constituição merece estudo especial.

A interpretação da Constituição é acima de tudo função do Supremo Tribunal. Não é, porém, só dele. Todo o Judiciário, por ser de todo ele o dever de aplicá-la, tem de levá-la a cabo. Não só ele, porém. Qualquer cidadão, por dirigir-se ela a todos, está no direito de tentar a sua interpretação. Todavia, só o Judiciário, por sua função, tem o dever de não recusá-la e, nele, só o Supremo pode dizer a última palavra (FERREIRA FILHO, 2002, p. 262).

Contudo, diante do poder de retirar leis do ordenamento jurídico, bem como atos do poder público tidos por inconstitucionais, muitos temem que se estabeleça o chamado governo dos juízes, em que os juízes se tornem, por esse poder, governantes de fato. Ferreira Filho (2002, p. 263) afirma que “o perigo do ‘governo dos juízes’ é inerente a todo estado de direito. É ele, porém, mais teórico do que real”. E acrescenta que os juízes, por seus hábitos de moderação e pela disciplina intelectual a que estão acostumados, não almejam a direção política do País, nem nela se intromete, a menos que esta confronte o sistema jurídico, a lei. E

conclui afirmando que o juiz não governa, pois se sujeita à Constituição e à lei, mas pode paralisar iniciativas governamentais, a fim de preservar a liberdade individual.

Todavia, é preciso ter em vista que cabe ao STF retirar do ordenamento jurídico leis que contrariem a Constituição, não lhe sendo possível inovar o sistema jurídico, ou seja, este não pode criar novas normas jurídicas, mas apenas cuidar de sua correta aplicação. Desse princípio decorrem os termos largamente utilizados de legislador negativo e legislador positivo.

Em diversas decisões, o STF exprime a ideia exposta acima de que a ele não é permitido inovar o sistema jurídico, mas apenas afastar aquelas que julgue em desacordo com as normas constitucionais. A partir desta concepção, o Tribunal utiliza em suas decisões as expressões legislador positivo ou legislador negativo para diferenciar estas competências; neste sentido, o Tribunal somente poderia exercer as prerrogativas de um legislador negativo, ou seja, um órgão capaz apenas de afastar do ordenamento jurídico brasileiro as normas inconstitucionais; desta forma, caberia ao poder Legislativo à função de criar novas normas jurídicas, atuando como legislador positivo (PINHEIRO, 2006, p. 5).

Daí depreende-se que legislador negativo seria aquele que retira do ordenamento jurídico normas inconstitucionais, no caso, o STF, e legislador positivo aquele que cria normas, ou seja, o poder Legislativo. Levando-se em conta ser o STF o intérprete último da Constituição Federal, este argumento é de suma importância para o entendimento do sistema de separação de poderes brasileiro, por expor um conflito existente entre as competências do Poder Legislativo e Poder Judiciário, relacionando-se a temas como, por exemplo, o aumento de uma atividade criativa por parte do Tribunal.

Nesse sentido, importante o questionamento sobre a função dos juízes, se seriam eles meros intérpretes e aplicadores do direito ou se participam da criação das normas ao julgar.

Esses questionamento ganham relevância diante do implemento da “criatividade do judiciário”, da “revolta contra o formalismo” e do surgimento, especialmente Pós Revolução Industrial, dos novos direitos e interesses transindividuais, dos conflitos novos e inerentes à sociedade de massa, que vão exigir uma atividade mais enérgica e supletiva do magistrado (LENZA, 2010, s. p.).

De acordo com Cappelletti, citado por Lenza (2010, s.p.), sob o ponto de vista substancial, tanto o processo legislativo quanto o jurisdicional são processos de criação do direito, todavia, sob o ponto de vista formal ou de procedimento e estrutura, o processo jurisdicional não cria o direito. Os juízes têm por função interpretar a lei, de onde decorre a necessidade de esclarecer, integrar, transformar, e, eventualmente, criar o direito. No entanto, tais atividades, segundo Cappelletti, não implicam na criação formal do direito. E fundamenta essa conclusão na passividade do magistrado, tendo em vista a conexão de sua decisão com as partes nos casos concretos e a atitude de imparcialidade e independência do juiz,

principalmente em relação às pressões externas e vindas dos poderes políticos. O juiz encontra-se numa posição “super partes”, livre de pressões e decide sob o contraditório, dando oportunidade de defesa às partes. Principalmente, o juiz não pode iniciar um processo, apenas decide se provocado pelas partes.

Segundo Queiroz (2007, s.p.), recentemente, diante de sua função de interpretar sistemicamente a Constituição e garantir a prestação jurisdicional, o STF passou a exercer uma atividade legiferante.

O Supremo Tribunal Federal, diante da omissão de outros poderes na regulamentação e implementação da Constituição e das leis, passou a exercer atividade legiferante ao adotar uma postura corajosa de interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, preenchendo os vácuos legislativos em matérias amparadas em princípios constitucionais. O Tribunal está cansado do descaso dos poderes [...]. Os exemplos dessa mudança cultural e de procedimentos, que levaram o STF a estabelecer normas e condições são evidentes. Podem ser classificadas na categoria legiferante as decisões sobre verticalização para as eleições de 2002, a instituição da fidelidade partidária, a aplicação da lei de greve do setor privado aos servidores públicos, a interpretação da Lei de Responsabilidade Fiscal em relação ao Distrito Federal, entre outras (QUEIROZ, 2007, s. p.)

Em relação às normas constitucionais, deve-se levar em conta que os princípios constitucionais são geralmente expressos em linguagem aberta, indeterminada e plurissignificativa. Além disso, os métodos e princípios da interpretação constitucional possuem contornos indefinidos, potencializando a abertura e liberdade interpretativa.

Não bastassem essas peculiaridades, ainda o poder legislativo aprovou leis que conferem ao STF a “prerrogativa excepcional de graduar os efeitos de suas declarações de inconstitucionalidade e de descumprimento de preceito fundamental da constituição, sempre que, a juízo da corte, razões de *segurança jurídica* ou de *excepcional interesse social*” assim o exigirem (COELHO, 2001, p. 41). Nesses casos, torna-se possível a sobrevida de atos ou normas incompatíveis com a constituição, temporariamente, o que é uma prerrogativa política, porém razoável, dentro dos limites estabelecidos pela lei.

Nesse sentido, apesar de inúmeras críticas acerca de abusos perpetrados pelas cortes constitucionais, onde seus juízes, intérpretes finais da constituição, acabam privilegiando a sua concepção de justiça, a sua ideologia, com o poder de torná-la lei, outros entendem que essa possibilidade de grupos minoritários terem acesso à jurisdição constitucional contra leis que os discriminem com muito mais facilidade do que fazer-se ouvir e atender pelo poder Legislativo, essa instância acaba se mostrando instituição política democrática.

Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o ‘sentimento de participação’. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição [...] desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o

exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. *Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública* (CAPPELLETTI *apud* COELHO, 2001, p. 43-44).

Dessa forma, percebe-se que os instituidores dos tribunais constitucionais os conceberam como instância de avaliação jurídica e também política da atividade legislativa, sem com isso comprometerem suas funções, nem implicar a politização da justiça ou a judicialização da política. Ressalte-se que a defesa da Constituição contra leis inconstitucionais possibilita a defesa de minorias contra abusos cometidos pela maioria ocasional, nem sempre democrática.

## 4 POSIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM QUESTÕES FUNDIÁRIAS

A Constituição Federal (BRASIL, 2010a, p. 62-63) prevê, em seu artigo 184, a possibilidade de desapropriar por interesse social, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mas determina, em seu parágrafo terceiro, que cabe à lei complementar estabelecer os critérios para tal desapropriação. Portanto, até 1993, quando se editou a Lei Complementar n° 76, que tratava do rito sumário e dos procedimentos do processo expropriatório, e a Lei n° 8.629/93, que estabelece os parâmetros para aferir o tamanho da propriedade, medida em módulos fiscais, bem como o critério para avaliação da produtividade, grau de utilização da terra (GUT) e grau de eficiência na exploração (GEE), o conceito de função social da propriedade rural ficou sem eficácia.

Desapropriação-sanção (CF, art. 184) – Tutela constitucional do direito de propriedade – Ausência de recepção do DL 554/1969 pela nova Constituição – inviabilidade da declaração expropriatória, por interesse social, ante a inexistência das leis reclamadas pelo texto constitucional (art. 184, § 3º, e art. 185, I) – Edição superveniente da LC 76/1993 e da Lei 8.629/1993 – Irrelevância – Impossibilidade de sua aplicação retroativa [...] (MS 21.348, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-9-1993, Plenário, DJ de 8-10-1993.) No mesmo sentido: RE 206.707-AgR, Rel. Min Dias Toffoli, julgamento em 26-4-2011, Primeira Turma, DJE de 1º-8-2011; MS 20.960, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-3-1994, Plenário, DJ de 7-4-1995. (BRASIL, 2012e, s.p.)

Em análise de jurisprudência do período em questão, ou seja, entre 1988 e 1993, no Mandado de Segurança MS 21348-5, acima transcrita, julgada em 2 de setembro de 1993, pelo STF, Rizzi (2002) observa que não se questionou a possibilidade de outros meios de prova de que o imóvel era mesmo improdutivo, bem como não tentou-se aferir os motivos que levaram o órgão coator a declarar o imóvel em questão como um latifúndio. Somente argumentou que não se pode efetuar uma desapropriação-sanção sem critérios e procedimentos regulamentadores.

O [...] acórdão traz como entendimento que a desapropriação-sanção estabelecida pelo artigo 184 da Constituição Federal, motivada pelo descumprimento da função social da propriedade rural só pode ser aplicada após a regulamentação deste artigo por leis infra-constitucionais, que tratem do rito sumário para o contraditório e estabelecimento de critérios para classificação das propriedades entre pequenas, médias e grandes; produtivas e improdutivas. Tal regulamentação só veio a acontecer em 1993. Isso significa que o STF, com o encaminhamento que deu ao caso, suspendeu a eficácia do artigo 184 por 5 anos. É importante considerar que o

artigo 184 é um dos dispositivos mais efetivos para a implementação do princípio da função social da propriedade como limitante do direito de propriedade. Nenhum modo de tornar tal artigo mais eficaz foi buscado, apenas decretou que ele estava suspenso por existir lacuna legislativa que tornam sua aplicação impossível (RIZZI, 2002, p. 33)

No mesmo sentido encontramos várias decisões proferidas pelo STF, como, por exemplo, a decisão abaixo transcrita. As diversas e subseqüentes decisões envolvendo questões procedimentais, como a regularidade de notificação prévia à vistoria, sedimentou a posição do STF no sentido de ser esta indispensável à legalidade do ato.

“Desapropriação. Interesse social. Reforma agrária. Imóvel rural. Levantamento de dados e informações. Vistoria. Prévia comunicação escrita ao proprietário, preposto ou representante. Elemento essencial do devido processo da lei (*due process of law*). Inobservância. Proprietária pessoalmente cientificada por ofício e aviso de recebimento sem menção da data em que foram recebidos. Notificação irregular e ineficaz. Nulidade do decreto reconhecida. Ofensa a direito líquido e certo. Segurança concedida. Aplicação do art. 2º, § 2º, da Lei 8.629/1993, c/c o art. 5º, LIV, da CF [...]. Para efeito do disposto no art. 2º, § 2º, da Lei federal 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, com a redação da MP 1.577, de 11 de junho de 1997, reputa-se irregular e ineficaz a notificação recebida pelo proprietário, mas da qual não conste a data de recebimento.” (MS 24.130, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 16-4-2008, Plenário, DJE de 20-6-2008.) Vide: MS 25.793, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 5-11-2010, DJE de 11-11-2010 (BRASIL, 2012e, s.p.).

Assim, podemos perceber que, de acordo com a posição do STF, a irregularidade ou falta de notificação prévia ao proprietário ou a seu procurador legalmente constituído tem o condão de contaminar e invalidar todo o processo.

O acórdão proferido no Mandado de Segurança MS 22.319-7, com data de julgamento 20 de junho de 1996, decide uma desapropriação efetivada já na vigência da Lei Complementar nº 76/93. Nesse acórdão, a competência de fazer a desapropriação-sanção por parte da administração pública e justificada pelo descumprimento da função social da propriedade é limitada pela ausência de um requisito formal: a notificação prévia ao ato de vistoria. Há uma discussão se tal ato é indispensável para o processo desapropriatório, se neste momento deve ocorrer o direito ao contraditório e se este vício pode contaminar todo o procedimento a ponto de impedir e invalidar todo o processo.

O Ministro Ilmar Galvão e o Ministro Francisco Rezek entendem que a vistoria não é procedimento obrigatório, apenas um meio de se obter dados sobre a situação da propriedade rural. Como há outras formas de conseguir tais informações, este não é o momento essencial para que o proprietário exerça sua defesa. Pelos votos contrários, proferidos pelos Ministros Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Carlos Velloso, Octavio Gallotti e Néri da Silveira, há o entendimento que a notificação é formalidade essencial.

Assim, o Ministro Ilmar Galvão defende que o direito à ampla defesa e ao

contraditório pode ser exercido em outros momentos, e argumenta que, uma vez que comprovadamente a propriedade não cumpre a função social, não pode haver invalidação de todo o processo pelo simples vício na notificação da vistoria que, de resto, não ficou provado. Contudo, os votos vencedores, discorrem, em sua maioria, sobre as circunstâncias que evidenciam a falta de formalidade e o vício na notificação do processo expropriatório.

Contudo, Rizzi (2002) observa que o laudo técnico elaborado pelo INCRA demonstrava que tal propriedade era classificada como grande propriedade, tendo 91,88 módulos fiscais e propriedade improdutiva, com grau de utilização da terra (GUT) de 58,54%, enquanto o padrão para ser considerada produtiva é de 80%.

O fato da propriedade ser evidente descumpridora de sua função social foi ignorado. O STF ateve-se às irregularidades do processo para impedir a desapropriação, irregularidades estas localizadas em partes do processo de desapropriação que podem ser compreendidas, segundo os votos vencidos, como desnecessárias (RIZZI, 2002, p. 34).

Em sua análise, Rizzi (2002) conclui que o STF estava limitando a abrangência do conceito de função social da propriedade, pois poucas vezes o considera como elemento necessário para a existência dos direitos de propriedade. Isso resta demonstrado pelas decisões que se restringem à legalidade e à observância rígida dos procedimentos.

A vistoria efetivada com fundamento no art. 2º, § 2º, da Lei 8.629/1993 tem por específica finalidade viabilizar o levantamento técnico de dados e informações sobre o imóvel rural, permitindo à União Federal, que atua por intermédio do Incra, constatar se a propriedade realiza, ou não, a função social que lhe é inerente. O ordenamento positivo determina que essa vistoria seja precedida de notificação regular ao proprietário, em face da possibilidade de o imóvel rural que lhe pertence, quando este não estiver cumprindo a sua função social, vir a constituir objeto de declaração expropriatória, para fins de reforma agrária. [...] A notificação a que se refere o art. 2º, § 2º, da Lei 8.629/1993, para que se repute válida e possa, conseqüentemente, legitimar eventual declaração expropriatória para fins de reforma agrária, há de ser efetivada em momento anterior ao da realização da vistoria. Essa notificação prévia somente considerar-se-á regular, quando comprovadamente realizada na pessoa do proprietário do imóvel rural, ou quando efetivada mediante carta com aviso de recepção firmado por seu destinatário ou por aquele que disponha de poderes para receber a comunicação postal em nome do proprietário rural, ou, ainda, quando procedida na pessoa de representante legal ou de procurador regularmente constituído pelo *dominus*. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reputado inadmissível a notificação, quando efetivada no próprio dia em que teve início a vistoria administrativa promovida pelo Incra. [...] O descumprimento dessa formalidade essencial, ditada pela necessidade de garantir, ao proprietário, a observância da cláusula constitucional do devido processo legal, importa em vício radical que configura defeito insuperável, apto a projetar-se sobre todas as fases subsequentes do procedimento de expropriação, contaminando-as, de maneira irremissível, por efeito de repercussão causal, e gerando, em consequência, por ausência de base jurídica idônea, a própria invalidação do decreto presidencial substanciador de declaração expropriatória. (MS 23.949, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1-2-2002, Plenário, DJE de 27-3-2009)(BRASIL, 2012e, s.p.)

De acordo com Santos (2006), o STF, ao analisar diversos casos concretos envolvendo



a desapropriação de propriedades rural que não cumprem a função social, concedeu maior valor ao devido processo legal do que às particularidades do cumprimento da função social da propriedade rural para evitar desapropriação fundada no poder arbitrário do Estado. Assim, a construção jurisprudencial do STF limitou-se a questões formais, como explicitar a abrangência da notificação do proprietário anterior à vistoria do que aplicar os requisitos da função social da propriedade.

Esta questão ficou expressa no julgamento do mandado de segurança nº 22.164-SP, o qual tratava sobre a possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária de propriedades localizadas em áreas integrantes do patrimônio nacional. O Min. Celso de Mello chegou a ressaltar a importância do cumprimento da função social, vez que a propriedade era improdutiva, e havia a possibilidade de ser implementada a reforma agrária no Pantanal, desde que o governo concedesse técnicas agrícolas condizentes com as peculiaridades do local. Contudo, devido à falta de notificação prévia foi declarada a impossibilidade formal de ser expropriada a propriedade, mesmo com o conhecimento de que esta sempre foi cadastrada como improdutiva no INCRA. Fato que demonstrou a proteção do direito individual da propriedade, frente à possibilidade de pequenos agricultores virem a produzir no local, vez que 170 famílias foram despejadas da propriedade e estavam vivendo em condições degradantes (SANTOS, 2006, p. 16).

Ainda de acordo com Santos (2006), é diferente o posicionamento dos ministros nos casos em que a desapropriação ocorre pela falta de produtividade daqueles em que outros requisitos da função social da propriedade foram desrespeitados, como, por exemplo, o uso racional para preservação do meio ambiente, ou seja, se o fundamento do decreto expropriatório foi fundamentado na falta de produtividade ou em outro critério.

Tal assertiva encontra fundamento na decisão proferida no mandado de segurança nº 22.285-SP, que teve por relator o Ministro Sydney Sanches e foi julgado em 01 de abril de 1996. O INCRA alegou que os proprietários não preservavam o meio ambiente, e como a propriedade era explorada pela família do único arrendatário, não era fonte de empregos. Contudo, como os índices de produtividade eram controversos, o decreto de expropriação foi anulado. Dessa forma, apesar de constatado o descumprimento ao requisito de proteção ao meio ambiente, o STF privilegiou o critério de produtividade, que por ser duvidoso, culminou com a anulação da desapropriação.

Percebeu-se que devido ao ditame constitucional da impossibilidade de desapropriar propriedades produtivas (art. 185 da C.F 1988), a aferição dos modos de produção e sua contribuição para o bem-estar da coletividade, dos trabalhadores rurais e preservação do meio ambiente situam-se em posição subalterna na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. E, a própria construção jurisprudencial do STF apresenta pontos controvertidos como os relativos à preponderância da notificação prévia do proprietário frente à constatação da falta de produtividade, como ato a propiciar o direito de defesa do mesmo, mas que de forma simultânea protege o descumprimento de outros requisitos da função social da propriedade, e a concentração de terras (SANTOS, 2006, p. 20).

Por outro lado, foi observado que, mesmo que as propriedades médias ou pequenas sejam improdutivas, desde que o proprietário não possua outra propriedade rural, não serão objeto de desapropriação para fins de reforma agrária, uma vez que pela CF só podem ser desapropriados os latifúndios improdutivos, como pode ser verificado na decisão abaixo transcrita.

A pequena e a média propriedades rurais, cujas dimensões físicas ajustem-se aos parâmetros fixados em sede legal (Lei 8.629/1993, art. 4º, II e III), não estão sujeitas, em tema de reforma agrária (CF, art. 184), ao poder expropriatório da União Federal, em face da cláusula de inexpropriabilidade fundada no art. 185, I, da Constituição da República, desde que o proprietário de tais prédios rústicos – sejam eles produtivos ou não – não possua outra propriedade rural. [...] A notificação prévia do proprietário rural, em tema de reforma agrária, traduz exigência imposta pela cláusula do devido processo legal. (MS 23.006, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-6-2003, Plenário, DJ de 29-8-2003)(BRASIL, 2012e, s.p.)

Como visto, só podem ser desapropriadas para fins de reforma agrária as grandes propriedades, desde que sejam improdutivas, uma vez que o que se visa, além da distribuição de terras, é combater certa estrutura fundiário, qual seja, os latifúndios improdutivos. Desta forma, de acordo com o artigo 185 da CF, não podem ser desapropriadas as pequenas e médias propriedades, desde que seu proprietário não possua outra, nem as propriedades produtivas.

Mandado de segurança impetrado contra decreto presidencial que declarou de interesse social, para fins de estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento de trabalho agrícola, o imóvel conhecido como 'Fazenda Tambauzinho' (arts. 5º, XXIV, e 84, IV, da Constituição e art. 2º, III, da Lei 4.132/1962). [...] Suposto desvio de finalidade, na medida em que o decreto presidencial teria por real objetivo realizar reforma agrária cuja viabilidade já fora rechaçada pelo Judiciário local. Argumentação improcedente, pois a desapropriação para fins de reforma agrária não esgota os instrumentos de que dispõe a União para promover o 'estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola'. Com efeito, a desapropriação por interesse, necessidade ou utilidade pública dissociada de eventual violação da função social da propriedade rural pode ser utilizada no âmbito fundiário. Falta de identidade entre a área declarada de interesse social para fins de desapropriação e a área onde residem as famílias que seriam beneficiadas com o assentamento. Por não se tratar de usucapião, a falta de identidade entre a área onde residem as famílias que seriam beneficiadas pela intervenção do Estado e a área desapropriada não impede a iniciativa estatal. Incompetência do Incra para promover desapropriação de imóvel com objetivo diverso de reforma agrária. Linha rejeitada, porquanto o Incra pode atuar em nome da União para resolver questões fundiárias, sem recorrer diretamente aos institutos próprios da reforma agrária (desapropriação-sanção, nos termos do art. 184 da Constituição). Ausência de vistoria prévia, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei 8.629/1993. Por se tratar de desapropriação por interesse, necessidade ou utilidade públicos, não se aplica o art. 2º, § 2º, da Lei 8.629/1993 ao quadro. (MS 26.192, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 11-5-2011, Plenário, DJE de 23-8-2011)(BRASIL, 2012e, s.p.)

Pela decisão acima transcrita, verifica-se a confirmação pelo STF da possibilidade de efetuar a desapropriação por interesse, necessidade ou utilidade pública de imóvel que não

esteja descumprindo sua função social. Assim, mesmo que a propriedade cumpra sua função social, a CF prevê a possibilidade de desapropriação por interesse social, por necessidade ou utilidade pública. No caso em tela, como não se trata de usucapião, não há a necessidade de que a área a ser desapropriada seja exatamente a mesma, com a mesma conformação, da área destinada ao assentamento das famílias beneficiadas. Também a alegada ilegitimidade do INCRA como órgão para promover a desapropriação com finalidade diversa da reforma agrária não prospera, uma vez que o INCRA pode atuar em nome da União em questões fundiárias, mesmo que não se esteja recorrendo aos institutos próprios da reforma agrária, ou a desapropriação-sanção. Temos, ainda, que a vistoria prévia não se aplica ao caso em questão, por tratar-se de desapropriação por interesse social, necessidade ou utilidade pública.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, § 2º, § 3º e § 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-12-1996, Primeira Turma, DJ de 14-2-1997)(BRASIL, 2012f, s.p.)

Conforme se depreende da decisão supra transcrita, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União, ou seja, cria-se uma propriedade vinculada ou reservada com o intuito de garantir os direitos dos índios sobre elas. Essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas são imprescritíveis. Esses direitos dos indígenas são reconhecidos pela CF como direitos originários, fundada no instituto do indigenato, o que significa que eles detêm a posse primária e congênita da terra, enquanto a ocupação é um direito adquirido. Como diz Silva (2006, p. 858), “o indigenato é legítimo por si, não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem”.

A relação entre o indígena e suas terras extrapola o direito privado, pois não é uma simples ocupação da terra com intuito de exploração, mas a base de sua própria existência, em seus elementos físicos e culturais.

#### **4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL**

A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi um conflito que se estendeu por mais de trinta anos. O procedimento administrativo teve início em 1977, e passou por conflitos tanto na área política quanto judicial. Apenas em 1993 a FUNAI propôs o reconhecimento de 1.678.800 hectares que seriam dos povos indígenas Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Uapixana na Raposa Serra do Sol, em território contínuo, segundo relatam Yamada e Villares (2010).

Em 1996, o então presidente Fernando Henrique Cardoso assinou o Decreto 1775/96 que passou a regular os procedimentos de demarcação, possibilitando o contraditório. Assim, foram apresentadas contestações por particulares e pelo Estado de Roraima. O então ministro da Justiça, Nelson Jobim, futuro ministro do STF, julgou improcedentes as contestações, mas propôs que a demarcação se desse em cinco áreas distintas, conforme anotado por Monteiro (2010).

Em 1998, segundo narram Yamada e Villares (2010), o então ministro da Justiça, Renan Calheiros, assinou a Portaria MJ 820, que declarava a região da Raposa Serra do Sol posse permanente dos povos indígenas em área contínua. Em 1999 a demarcação física foi efetuada, aguardando-se apenas o ato homologatório do Presidente da República.

Contudo, ocupantes ilegais, fazendeiros e o próprio governo do Estado de Roraima ingressaram com diversas ações na Justiça Estadual, Federal e no STF, que impediram por diversas vezes o Estado brasileiro de finalizar o processo de demarcação.

Vários acontecimentos sobrevieram, até que em 2005 o então ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos substituiu a Portaria MJ 820/98 pela Portaria nº 534/05, que buscava conciliar os interesses envolvidos sem deixar de reconhecer o território indígena, e culminando com a assinatura do decreto de homologação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinando que a região do Parque Ambiental do Monte Roraima ficaria submetida à dupla afetação, ou seja, unidade de conservação e terra indígena, segundo anota Monteiro (2010).

Após a conclusão da fase administrativa do processo de demarcação, a discussão acerca da Terra Indígena Raposa Serra do Sol passou para o judiciário, com o ajuizamento, em 2005, perante o STF, da Petição 3388/RR. Conforme destaca Monteiro (2010), a Petição 3388/RR era dirigida contra a União e impugnava o modelo de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e requeria a suspensão, liminarmente, dos efeitos da portaria nº 534/05, bem como do decreto presidencial homologatório, além da declaração de nulidade dessa portaria.

Por tratar-se de tema importante e de grande visibilidade, os ministros do STF

manifestaram-se várias vezes no sentido de que desejavam que a decisão fixasse um parâmetro para as demais questões envolvendo a demarcação de terras indígenas. Assim sendo, nas palavras de Monteiro (2010, p. 17), “o STF optou por ir além do que havia sido pedido e construir uma decisão que fosse aplicável a outros casos de conflitos demarcatórios”. Ainda de acordo com Monteiro (2010), a maneira encontrada para essa decisão paradigmática foi a adesão da maioria dos ministros ao voto do Ministro Menezes Direito, com a apresentação de 18 cláusulas condicionantes, ou ressalvas, às demarcações de terras indígenas realizadas pelo Poder Executivo no cumprimento do artigo 231 da Constituição Federal, que, com a adição de mais uma condicionante formulada pelo relator, Ministro Ayres Brito, tornam-se, por fim, 19.

Em março de 2009, o STF decidiu pela constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena em questão e determinou as seguintes condições a serem observadas:

1) O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar; 2) O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3) O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei; 4) O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5) O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 6) A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 7) O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; 8) O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9) O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10) O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes; 11) Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; 12) O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13) A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; 14) As terras indígenas não

poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena; 15) É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16) As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos ou contribuições sobre uns e outros; 17) É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18) Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis; 19) É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação (BRASIL, STF, 2009a, s.p.).

Essas 19 condicionantes representam a forma encontrada pelos ministros do STF para que a decisão proferida no julgamento da Petição 3388/RR fosse paradigmática e se estendesse aos demais casos de demarcação de terras indígenas, porém de forma bastante controversa.

As 19 ressalvas pretensamente procuravam conciliar os interesses indígenas, a defesa nacional e a preservação do meio ambiente. Algumas são interpretações ou repetições do texto constitucional e legal (as de número 1, 2, 3, 4, 14, 15, 16, 18), outras, comandos contrários aos já estabelecidos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)(5, 6, 7), e em regulamentação infralegal (8, 9 e 10). Ainda, a criação de enunciados normativos pelas ressalvas 11, 12, 13, 17 e 19 (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 147).

De acordo com Yamada e Villares (2010), ao STF foi submetida mais que uma questão jurídica na decisão da Petição nº 3.388 em Ação Popular. Ao longo de nossa história, a disputa de terras entre índios e não-índios foi solucionada de diversas formas. Conforme lembrado por Monteiro (2010), mesmo no período colonial, marcado por grande tensão cultural, os povos indígenas tiveram seus direitos territoriais reconhecidos. Desse período a Carta Régia, de 1611, que afirmava que as terras pertencentes aos povos indígenas não poderiam ser tomadas.

A adoção de normas em relação aos povos indígenas se dá pela necessidade de remediar situações de conflito. Ao longo do século 20, houve a demarcação de diversos territórios em favor dos povos indígenas, tendo como figura importante na deflagração desse processo o Marechal Cândido Rondon. Logo a seguir, a postura indigenista foi institucionalizada com a criação do Serviço de Proteção aos Índios, em 1910. Contudo, antes da Constituição Federal de 1988, a lei sempre tratou os povos indígenas como transitórios, já que deveriam ser integrados à sociedade como trabalhadores individuais.

Assim, conforme afirma Monteiro (2010), “com a Constituição de 1988 o paradigma integracionista-individualista até então adotado é superado e passa-se a defender o direito dos

indígenas a viver em coletividade”. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 ampliou a proteção aos povos indígenas, e o julgamento pelo STF da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol representa um marco de reavaliação e mudança na política indigenista, cujas implicações ainda não podem ser precisadas.

Pode-se afirmar que o primeiro resultado foi garantir aos povos Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Uapixana o reconhecimento de suas terras, “base material de sua vida, local de morada onde são desenvolvidas as relações familiares e econômicas, e do qual retiram seu alimento e propagam sua religiosidade e cultura” (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 148).

A decisão do STF reconheceu a legalidade do processo demarcatório, entendeu que o processo não ofendeu a soberania nacional nem a segurança territorial pelo modelo de demarcação contínua e faixa de fronteira. Também afastou as teses de que a demarcação ameaçasse o princípio federativo ou obstasse o desenvolvimento do país. E, finalmente, reconheceu a proteção dos povos e culturas distintas que compõem a nação brasileira.

Contudo, há entendimentos no sentido de que as condicionantes inseridas na decisão e que podem afetar todos os povos indígenas do Brasil seriam discriminatórias, pois extrapolariam o papel designado ao STF pela Constituição.

De acordo com Monteiro (2010, p. 20), logo após o voto do ministro Menezes Direito, o ministro relator, Ayres Brito, indagou se julgar o pedido da ação popular parcialmente procedente e incluir à decisão as cláusulas condicionantes não se configuraria em decisão *extra petita*. Muito embora o ministro Joaquim Barbosa entenda que a inclusão das condicionantes apresente uma inovação ao pedido formulado, a maioria dos ministros decide “que não houve inovação diante daquilo que foi pedido na ação popular e que, as cláusulas condicionantes propostas pelo Ministro Menezes Direito, não fazem nada se não operacionalizar o julgado proferido pela corte” (MONTEIRO, 2010, p. 21).

Nesse sentido também o teor das declarações fornecidas pelo ministro Ayres Brito à revista Carta Capital, em entrevista de Cintra (2008), em que o relator afirma que “o ministro Carlos Alberto Direito propôs, porém, e foram aprovadas, condições para operacionalizar a decisão. Das dezoito condições propostas, umas quinze eram fundamentos do meu voto”.

Também nesse sentido o entendimento de parecer da Procuradoria Geral da República, Antonio Fernando de Souza.

Segundo Antonio Fernando, o STF ultrapassou os limites impostos pelos princípios do Estado Democrático de Direito à separação de poderes, pois “sem nenhuma discussão prévia na sociedade, simplesmente foi proposta a edição de comandos gerais e abstratos, em tema extremamente complexo e de enorme relevância social e jurídica”. Ele afirma que a maior parte das condições não guarda qualquer relação

com o objeto do processo e que sobre elas não se estabeleceu o contraditório: “Não se concedeu nem às partes, nem aos diversos grupos e instituições afetadas por medidas tão impactantes, qualquer possibilidade de se manifestarem e de tentarem influir na elaboração das citadas condições”. (BRASIL, 2009b, p. 1-2)

Monteiro (2010) anota que duas linhas argumentativas justificariam as cláusulas condicionantes, sendo a primeira delas, defendida pelo ministro Menezes Direito, “ser necessário aproveitar a ação popular em tela para explicitar o que pode ou não condicionar o usufruto exclusivo dos indígenas”, e a segunda, que se traduz na ideia de que as condicionantes apenas operacionalizariam o julgado, não consistindo inovação ao pedido. Para aferir a validade desses argumentos, Monteiro (2010) questiona se as instâncias inferiores estariam encontrando dificuldades para definir o que poderia ou não condicionar o usufruto exclusivo dos indígenas, ou se a operacionalização da decisão proferida pelo STF seria obstada pela falta de uniformidade de decisões nas instâncias inferiores. Para encontrar as possíveis respostas, Monteiro (2010) fez uma análise de jurisprudências de instâncias inferiores.

Podemos nos questionar ainda sobre a necessidade de se estipular 19 cláusulas condicionantes. O que observamos ao comparar a decisão do caso Raposa com a jurisprudência dos tribunais inferiores, é que a legislação vigente bastava para apoiar a decisão pela validade da Portaria nº 534/2005 e do Decreto Homologatório de 15 de abril de 2005. Além disso, a uniformidade das decisões das instâncias inferiores indica que boa parte das condicionantes sugeridas pelo Supremo já estavam sendo aplicadas e que, portanto, não haveria dificuldades na execução da sentença do STF no âmbito judiciário. Sendo assim, uma nova questão se levanta: quem o Supremo queria vincular a sua decisão? Tendo em vista a uniformidade da jurisprudência das instâncias inferiores é difícil imaginar que o STF tenha objetivado vincular o judiciário, mas uma hipótese que pode ser levantada é se o Supremo não buscou, com o conteúdo das condicionantes, vincular o Executivo na medida em que é este o ramo do poder estatal responsável por cuidar da demarcação e gestão das Terras Indígenas. As cláusulas seriam, dessa forma, um exemplo do diálogo institucional entre Judiciário e Executivo (MONTEIRO, 2010, p. 33)

Araújo (2010) anota que, após o voto do ministro Menezes Direito, foram apresentados quatro memoriais aos ministros do Supremo. O Memorial da Comunidade Indígena Socó, o Memorial das Comunidades Indígenas Barro, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho e Manalai, o Memorial da Advocacia Geral da União (AGU) e o Memorial da Procuradoria Geral da República (PGR). O autor argumenta que nenhum deles contestou todas as condicionantes, uma vez que algumas delas apenas repetem preceitos constitucionais ou deles decorrem, como as condicionantes de nºs 14, 15, 16, 18 e 19.

Todavia, Yamada e Villares (2010) afirmam que as condicionantes de nºs 5, 6, 7 e 11, na verdade, impediriam a demarcação de novas terras indígenas, fazendo a política indigenista retroceder ao século 19, pois essas cláusulas tratam da não participação e consulta das



comunidades indígenas nos assuntos de uso e gestão de suas terras. Segundo esses autores, a possível explicação para a inclusão dessas cláusulas condicionantes seria a estratégia de conceder o principal, no caso a demarcação de uma terra indígena específica, enquanto se assegura, contra a Constituição, o aproveitamento dos recursos existentes nessas terras sem a participação dos povos indígenas, interessados diretos.

Não se pode falar em democracia sem o profundo respeito pelo direito à informação e participação dos cidadãos nas decisões políticas, principalmente aquelas que os afetam. Os índios merecem, por sua cultura e diferenciado entendimento do mundo, ser informados e participar das decisões e ações do Estado que atingem sua vida. Esse direito lhes é conferido pela Constituição, no § 3º do art. 231, no art. 6º da Convenção 169 da OIT, e no art. 2º da Lei n. 6.001/1973. São normas voltadas aos povos indígenas que garantem procedimentos apropriados de consulta através de suas instituições representativas sobre políticas e ações governamentais. A participação e o consentimento dos povos indígenas implicam decisões com maior consenso e, portanto, com mais legitimidade (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 152).

Dessa forma, Araújo (2010, p. 13) propõe a análise das condicionantes de números 1, 2, 3, 4, 5, 7 e 8 como as que limitam o direito de usufruto das terras pelos índios. Ele ressalta que a condicionante número 1 exige Lei Complementar a lhe conferir aplicabilidade e que, enquanto não advier tal lei, a condicionante não tem qualquer operacionalidade jurídica. E salienta, ainda, que não se trata de qualquer interesse, mas de *relevante interesse público*, “algo de monta, com espectro social, devidamente fundamentado, a impactar a sociedade como um todo, o que afastaria a alegação de relevante interesse público secundário (do Estado) a justificar a relativização em questão” (ARAÚJO, 2010, p.13).

A condicionante em questão seria, portanto, restritiva aos direitos dos povos indígenas, razão pela qual não pode ter uma interpretação ampliativa.

Não se pode esquecer que as *condicionantes* em questão são, como o próprio nome denota, *enunciados restritivos*, que devem ser restritivamente interpretadas/aplicadas, isto é, jamais se poderá aumentar seu raio de incidência ou aprofundar suas conseqüências. Uma interpretação ampliativa das condicionantes somente é lícita quando eventualmente garantam direitos às comunidades indígenas [...] (ARAÚJO, 2010, p. 13).

Ainda de acordo com esse autor, as condicionantes que tratam do usufruto das terras pelos indígenas possuem dois problemas fundamentais: tem sua aplicabilidade limitada a existência de Lei Complementar, ou não observam o que determina a Convenção 169 da OIT, que assegura aos povos indígenas o direito de consulta em assuntos de seu interesse.

Conforme asseveram Yamada e Villares (2010), as condicionantes de números 8, 9 e 10 tratam de coexistência de terras indígenas demarcadas com unidades de conservação, definindo a competência do Instituto Chico Mendes para administrar a área de sobreposição, o

que trouxe um retrocesso ao modelo que estaria sendo negociado e que previa administração conjunta entre os povos indígenas, a Funai e o Instituto Chico Mendes. Segundo esses autores, o STF teria imposto a vontade do Estado, ignorando a história e a realidade local, uma vez que é incontroverso o respeito que os povos indígenas dispensam ao meio ambiente e a preservação de suas terras. Ainda, argumentam que “a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi apenas usada como pano de fundo, pois declarada válida mesmo que não tenha obedecido as 19 condicionantes” (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 153), pois não obedeceu a de número 19, além de tratar de questões não contempladas pelo caso concreto.

Segundo Araújo (2010, p. 17), as condicionantes de números 6, 9, 10, 11, 12 e 13 tratam da circulação de não-índios nos territórios indígenas e a atuação governamental brasileira. Esse autor afirma que as condicionantes de números 6, 10 e 11 desrespeitam o direito dos povos indígenas de serem consultados quando foram praticadas atividades que afetem seus territórios, contrariando a Convenção nº 169 da OIT, bem como os princípios do *caput* do artigo 231 da Constituição Federal. E observa que as condicionantes de números 12 e 13 trazem proibições não constantes do texto constitucional, e que se enquadram no conceito constitucional de usufruto, uma vez que os povos indígenas podem explorar o turismo sustentável em suas terras, o que estaria vedado pelas condicionantes supracitadas.

Contudo, a mais polêmica cláusula condicionante é a de número 17, que veda a ampliação de terra indígena já demarcada. Yamada e Villares (2010, p. 152) afirmam que “falar em ampliação é uma impropriedade jurídica, tendo em vista que a terra indígena é aquela definida como tal sob os parâmetros dados pelo § 1º do artigo 231 da Constituição de 1988”. Eles argumentam que muitas terras indígenas foram demarcadas antes da mudança de paradigma adotado pela Constituição Federal de 1988, o que exigiria que essas demarcações fossem revistas de acordo com os novos parâmetros. E arrematam dizendo que não se pode falar em ampliação, diminuição ou retificação, mas de demarcação conforme o estabelecido constitucionalmente.

Já Araújo (2010, p. 18) salienta que tal enunciado pressupõe a infalibilidade do Estado. Segundo ele, a Advocacia Geral da União (AGU) contestou tal condicionante em seu memorial sobre o mencionado assunto, mencionando dados que comprovam a existência de “195 (cento e noventa e cinco) terras indígenas com os procedimentos administrativos de regularização ainda não concluídos, **sendo que cerca de 50 (cinquenta) delas, ou seja, quase 25% do total encontra-se em processo de revisão**” (ARAÚJO, 2010, p. 18) (negrito do autor).

Não ampliar uma terra indígena não é somente um erro de procedimento que se

poderá corrigir pela via da anulação, nos termos da Súmula 473 do STF ou da Lei nº 9.784/1999 ou um vilipêndio contra o patrimônio do Estado. Inegável sua perspectiva pragmática do ponto de vista da proteção dos direitos dos índios, omitem, no entanto, o fundamento último por meio do qual se deveria combater a condicionante em análise: ter *direito ao território* não é ter *direito a um determinado número de hectares de terra*, **significa ter direitos à terra e suas circunstâncias**, como diria José Ortega y Gasset, **direito ao território**, em suma. (ARAÚJO, 2010, p. 19).

Em análise feita pelo líder indígena Júlio Macuxi, do Conselho Indígena de Roraima (CIR), várias das 19 condicionantes ferem direitos dos povos indígenas assegurados pela Constituição, sendo o principal deles o que proíbe que as terras indígenas sejam ampliadas. Segundo ele, no início das demarcações, o próprio órgão indigenista foi contrário aos interesses dos índios, em vários momentos, sem contar que nessa época os grupos indígenas não sabiam lutar por seus direitos, o que resultou em demarcações aquém do necessário e do que de direito. E afirma que essas terras pequenas prejudicam a preservação das culturas dos povos indígenas, “como no caso dos povos Guarani, pois entra a questão da cultura, da sobrevivência cultural, que não existe mais. Essas terras indígenas têm que ser ampliada, é um direito originário das comunidades” (AÇÃO DE JOVENS INDÍGENAS DE DOURADOS, 2012, s.p.).

Em entrevista ao jornal Correio Brasiliense, o ministro Ayres Brito falou a respeito da condicionante de número 17. Ao ser perguntado como ficavam outros processos já impetrados no STF, com a aprovação da cláusula que impede a revisão de demarcações já realizadas, o ministro respondeu que as 19 condicionantes representaram uma inovação de forma e não de conteúdo, pois já estavam em seu voto e na Constituição, mas que a cláusula 17 foi novidade, da qual ele teria discordado, tendo sido voto vencido. “Tentei ainda estabelecer um limite temporal. Demarcação feita depois da Constituição não se mexe, mas as de antes? É preciso se mexer, para assegurar aos índios a reprodução física e cultural. Mas fui voto vencido” (AYRES BRITTO *apud* OLIVETO; D’ELIA, 2009, p. 6). Em resposta à pergunta sobre o que ocorreria com outros processos que já estão em curso no Supremo, como o dos Pataxó Hã-hã-hã, o ministro respondeu que se a cláusula 17 for seguida ao pé da letra, não se reabre a discussão, porém que a situação pode ser revertida, com uma rediscussão “diante de um caso concreto de vistosa contração territorial em desfavor dos índios” (AYRES BRITTO *apud* OLIVETO; D’ELIA, 2009, p. 6).

Yamada e Villares (2010) chamam a atenção para o fato de que o direito dos povos indígenas, ainda cheio de incertezas e sujeito a avanços e retrocessos, que poderiam ser superados com a aplicação da Constituição Federal e com a legislação, se “não fosse essa uma decisão da corte maior do país”. Afirmam, ainda, que não ocorreu, nesse caso, de declarar a

inconstitucionalidade de um enunciado normativo, pois as 19 condicionantes tratam-se de enunciados de caráter geral, “sendo a maioria sobre o relacionamento futuro do Estado com os povos indígenas, inclusive em relação à questão territorial” (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 154).

O Supremo quis, na verdade, limitar a ação do Poder Executivo em sua responsabilidade constitucional de demarcar as terras indígenas e suplantar a inação do Poder Legislativo, que sequer aprovou em primeira votação um projeto, que tramita há mais de 15 anos na Câmara Federal, que pretende substituir o Estatuto dos Povos Indígenas, ou Lei n. 6.001, de 19.12.1973. Para tanto, talvez tenha passado a uma nova fase do controle de constitucionalidade, superando o papel da corte constitucional como legisladora negativa, a indicar a construção de soluções não expressas, criando o direito e a norma abstrata, com seus artigos alíneas e parágrafos. Essa nova postura ultrapassa o interesse voltado às questões indígenas. Ela interessa ao funcionamento do Poder Judiciário, principalmente ao papel de seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal. Fica a eterna pergunta da legitimidade dos juízes de criar o direito, agora colocado sob a óptica da limitação dos direitos sociais (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 154).

Por outro lado, em entrevista concedida a Cintra (2008, p. 52-53), em data anterior à decisão final do caso, o ministro relator Ayres Brito afirmou que o núcleo da decisão que julgou a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi jurídico, e obedeceu rigorosamente aos parâmetros constitucionais e legais. Destacou, ainda, que a decisão tem dois desdobramentos importantes, sendo o primeiro deles o modelo de demarcação contínua e não o fragmentado, “tipo ‘queijo suíço’ em que os índios ficam com os buracos e os não-índios ficam com o queijo propriamente dito”(AYRES BRITO *apud* CINTRA, 2008, p. 52-53), e o segundo diz respeito à qualidade das terras que constituem as reservas, que são totalmente indígenas e não terras devolutas, pois se assim fosse, pertenceriam ao estado de Roraima, nem terras particulares, caso em que seriam dos fazendeiros. Afirma que isso é o que foi decidido, sendo as condicionantes aprovadas para operacionalizar a decisão. O ministro afirma que cerca de 15 das 18 cláusulas propostas pelo ministro Menezes Direito foram fundamentadas em seu voto, sendo apenas umas 3 novas, como a proibição de ampliação de terra demarcada, com a qual o ministro discorda.

Em resposta ao questionamento a respeito de que as condições propostas pelo ministro Menezes Direito seriam de competência do Congresso Nacional, o ministro Ayres Brito respondeu que concordou com o formato decisório proposto pelo ministro Direito, ao incluir as condições no núcleo da decisão, porém em relação a cada uma dessas cláusulas, elas devem ser discutidas, inclusive algumas “que ficam em uma linha muito tênue entre a legislação e a jurisdição” (AYRES BRITO *apud* CINTRA, 2008, p. 52).

Essas declarações do Ministro Ayres Brito demonstram que não havia unanimidade na decisão de incluir as 19 condicionantes, que deveriam ser melhor discutidas.

A referência ao Instituto Chico Mendes é uma delas, outra sobre tributos. Não que eu seja, a priori, contra, mas precisamos discutir. A priori, sou contra a cláusula 17, a que impede as revisões. Se na sessão de julgamento assentamos que o modelo é contínuo, como vamos proibir a revisão de processos demarcatórios no modelo descontínuo? Mas o fundamental é que não podemos confundir o núcleo da decisão com as condições de operacionalização (AYRES BRITO *apud* CINTRA, 2008, p. 52-53).

Dessa forma, depreende-se a complexidade que envolve a demarcação de terras indígenas, em especial a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Não se trata apenas de disputa por terras, a questão é muito mais ampla, e envolve diversos enfoques e uma grande quantidade de questões, além, obviamente, da questão jurídica. É uma questão antropológica, histórica, econômica, social, mas, principalmente, uma questão de justiça para com os povos originários de nosso país.

Pela visibilidade e polêmicas que suscitou, espera-se que a demarcação de terras indígenas possibilite na sociedade brasileira um repensar da causa indígena, com os quais temos muito a aprender, e que seja este um passo para a formação de uma sociedade fraternal, sem preconceitos e multiétnica. Os índios são brasileiros, não estrangeiros residentes no país, são, juntamente com os brancos europeus e os negros africanos, os povos que deram origem ao que somos hoje, o povo brasileiro.

## CONCLUSÃO

O objetivo geral do presente trabalho foi analisar a inserção de dezenove condicionantes na decisão da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

É fato que o Brasil ainda tem muitos problemas a resolver em relação à estrutura fundiária. Indiscutível, ainda, que a solução para os problemas da estrutura fundiária no Brasil, passa, necessariamente, pelo enfrentamento da questão envolvendo as terras indígenas.

Os povos indígenas, no Brasil, enfrentam diversos problemas, sendo o primeiro deles a dificuldade de obterem o reconhecimento ao direito à diferença e à identidade. Tradicionalmente, o que se buscou foi o integracionismo, que encarava as sociedades indígenas como estágio primitivo na evolução social. Sob esse aspecto, a Constituição Federal de 1988 representou um avanço, com o reconhecimento do direito à diversidade.

Daí surge uma questão crucial para esses povos: a terra. Para os povos indígenas, a terra é muito mais do que um simples meio de subsistência. Ela representa um recurso sociocultural, estando intimamente ligada ao sistema de crenças e conhecimento.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu aos povos indígenas o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Direito esse que encontra obstáculos à sua concretização, esbarrando em argumentos que apontam para questões de segurança nacional e soberania, quando as terras se encontram em zonas de fronteira. Que despertam cobiça de grupos econômicos, quando se encontram em áreas ricas em minérios, em produtos naturais, em recursos hídricos.

Essas disputas suscitam questões delicadas, que chegam ao Judiciário, e, não raro, ao Supremo Tribunal Federal, sua última instância, e guardião da Constituição Federal no país, como o recente caso envolvendo a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Como guardião da Constituição Federal e de seus princípios, cabe ao STF a última palavra sobre o que permanece ou não no ordenamento jurídico.

Em relação ao controle de constitucionalidade, o Brasil possui um sistema misto, combinando o controle difuso, fundado no sistema norte-americano, com o controle concentrado, baseado no sistema austríaco. Sob esse aspecto, discute-se se o STF pode ou não

ser considerado um Tribunal Constitucional. As críticas recaem sobre a forma de escolha dos ministros, mediante escolha pelo Presidente da República, bem como por ser o STF um órgão do Poder Judiciário, e não um órgão independente dos demais poderes.

Os tribunais constitucionais foram concebidos como instância de avaliação jurídica e também política da atividade legislativa, sem com isso comprometer suas funções, nem implicar na politização da justiça ou na judicialização da política.

O ordenamento jurídico é um sistema dinâmico. Assim, pode haver lacunas em leis, mas não no sistema. Ao confrontar-se com lacunas da lei, o juiz deve proceder a uma integração sistêmica das normas, ou utilizar-se da chamada plenitude lógica do sistema, fazendo uso dos princípios, da analogia, dos costumes, buscando o sentido da norma, interpretando-a e buscando seu alcance. De toda forma, resta incontroverso o poder político do STF, principalmente em razão das lacunas da lei, e da possibilidade legiferante desse Órgão.

Sob essa ótica, importante analisar as posições do STF em questões fundiárias, principalmente questões envolvendo a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi um conflito que se estendeu por mais de trinta anos, que teve grande repercussão e visibilidade, chegando, por fim, ao STF. Assim, por diversas vezes os ministros do STF se manifestaram no sentido de que desejavam que a decisão fixasse um parâmetro para as demais questões envolvendo a demarcação de terras indígenas. Tal objetivo foi alcançado com a adoção de dezenove condicionantes, ou ressalvas, que deveriam passar a ser observadas pelo Poder Executivo no cumprimento do artigo 231 da Carta Magna. Observa-se que algumas dessas condicionantes são interpretações ou repetições do texto constitucional e legal, outras representam comandos contrários aos estabelecidos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e em regulamentação infra legal. Algumas delas, contudo, são na verdade criação de enunciados normativos, ou seja, uma inovação legal.

Assim, grande questionamento envolve a adoção das dezenove condicionantes na decisão proferida na demarcação da Terra Indígena Serra do Sol, pois o STF estaria, em verdade, extrapolando suas funções.

O STF admite atuar como legislador negativo, retirando do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Carta Magna e seus princípios. Contudo, no caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com a inserção das dezenove condicionantes, pode-se afirmar que o STF atuou como legislador positivo, ou seja, como criador de normas.

Ao analisar as 19 cláusulas inseridas na decisão da Petição 3388/RR, observa-se que algumas delas são apenas interpretações ou repetições do texto constitucional ou legal, como as que determinam que o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes em terras indígenas podem ser relativizados quando houver relevante interesse público (enunciado número 1); as que indicam que o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento dos recursos hídricos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, nem a garimpagem e faiscação (condicionantes números 2, 3 e 4); as que ressaltam que as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou qualquer negócio jurídico (cláusula número 14); a caça, pesca e coleta bem como atividade agropecuária por não-índios (enunciado número 15), a imunidade tributária sobre as terras sob ocupação e posse das comunidades indígenas (condicionante número 16), bem como a que expressa que os direitos dos índios, em relação a suas terras, são imprescritíveis, e elas são inalienáveis e indisponíveis (enunciado número 18).

Algumas representam comandos contrários ao estabelecido na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, como as que determinam que a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão da malha viária, a exploração de alternativas energéticas serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai (restrição número 5); a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena ocorrerá independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas e à Funai (condicionante número 6) e o usufruto dos índios não impede a instalação pela União de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União (cláusula número 7).

Outras contrariam regulamentação infra legal, como as condicionantes de números 8 e 9, que determinam que usufruto indígena em área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade e a condicionante de número 10, que determina que visitantes e pesquisadores não-índios devem ser admitidos nas áreas afetadas à unidade de conservação em horários e condições estabelecidos pelo Instituto Chico Mendes.

Contudo, nas ressalvas de números 11, 12, 13, 17 e 19 é que foram criados enunciados normativos. A condicionante número 11 determina que deve ser admitido o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante das terras indígenas; a cláusula de número 12 veda a cobrança de quaisquer tarifas ou quantias pelo ingresso, trânsito e permanência de não-índios nessas terras; a de número 13 veda a cobrança de tarifas pela utilização de



estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia nessas terras; a condicionante de número 19 assegura a participação dos entes federativos em todas as etapas de demarcação. E, finalmente, a cláusula de número 17, a mais polêmica, veda a ampliação de terra indígena já demarcada.

## REFERÊNCIAS

AÇÃO DE JOVENS INDÍGENAS DE DOURADOS. **Futuras batalhas dos povos no reconhecimento de suas terras e de seus direitos estarão em risco.** Notícias. Futuras batalhas. Dourados. Mato Grosso do Sul. 14 ago. 2012. 9h34min. Disponível em: <<http://www.jovensindigenas.org.br/noticias/futuras-batalhas>>. Acesso em: 08 jul. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARAÚJO, MARLON AURÉLIO TAPAJÓS. 2 Encontro da Sociedade Brasileira de Sociologia da Região Norte, 2010, Belém. **CONDICIONANTES PARA DEMARCAÇÃO DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS:** a postura judicial do Estado brasileiro na afirmação dos direitos territoriais indígenas. Belém: Ufpa, 2010. Disponível em: <<http://www.sbsnorte2010.ufpa.br/site/anais/ARQUIVOS/GT9-520-428-20100831000052.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2012.

ARRUDA, ROLDÃO. Reservas indígenas chegam a 13% do território, mas não reduzem conflitos: Terras em disputa. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, p. A4-A4. 21 nov. 2011.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. v. 2.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade:** Para uma teoria geral da política. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista Estudos Avançados**, v. 18 (51), pp. 127-50, São Paulo, 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200007&script=sci_arttext)>. Acesso em 28 abr 2012.

BRANFORD, Sue; ROCHA, Jan. **Rompendo a cerca:** a história do MST. São Paulo: Casa Amarela, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 10 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010a. (Coleção Saraiva de legislação).

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002 (Código civil 2002). Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 10 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010b. (Coleção Saraiva de legislação).

BRASIL. Fundação Nacional do Índio. **A origem dos povos americanos.** Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/indios/origem.html>>. Acesso em: 04 mar. 2012. (2012a)

BRASIL. Fundação Nacional do Índio. **As Terras Indígenas.** Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/indios/terras/conteudo.htm>>. Acesso em: 07 fev. 2012. (2012c)

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Os números dos índios no Brasil.** Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/indio/numeros.html>>. Acesso em: 04 mar. 2012. (2012b)

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. Informativo Jurídico. **Demarcação em área contínua de Raposa Serra do Sol é válida, decide STF.** n. 06, 13-19 mar. 2009b. Disponível em: <[http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/informativo\\_juridico/docs\\_informativo\\_juridico/INFORME\\_19\\_03\\_2009.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/informativo_juridico/docs_informativo_juridico/INFORME_19_03_2009.pdf)>. Acesso em: 01 jul. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Governo Fernando Henrique Cardoso. **Reforma agrária:** Compromisso de todos. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/publi\\_04/COLECAO/REFAGR.HTM](http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/REFAGR.HTM)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Governo Fernando Henrique Cardoso. **Sociedades indígenas e a ação do governo.** 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/publi\\_04/COLECAO/INDIO.HTM](http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/INDIO.HTM)>. Acesso em: 04 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1743>> Acesso em 20 mai. 2012. (2012e)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2052>> Acesso em 20 mai. 2012 (2012f)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Imprensa. Notícias STF. Regime militar: os anos difíceis do Supremo. 19 abr. 2010c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124565>>. Acesso em: 25 mar. 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. STF impõe 19 condições para demarcação de terras indígenas. 19 mar 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>>. Acesso em 25 mar. 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sobre o STF. Composição. Composição Atual. Gestor: Secretaria das sessões. Última atualização: 01 mar. 2012. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPleitariaApresentacao>> Acesso em: 25 mar. 2012. (2012d)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sobre o STF. Conheça o STF. Histórico. Gestor: Secretaria de documentação. Última atualização: 18 set. 2007 16h47m10s. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 25 mar. 2012

BURLAMAQUE, Cynthia Alves. Direito Administrativo e o domínio publico. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1447](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1447)>. Acesso em 24 jun 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARDIM, Silvia Elizabeth C. S.; VIEIRA, Paulo de Tarso Loguércio; VIÉGAS, José Leopoldo Ribeiro. **Análise da estrutura fundiária brasileira**: Brasília: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural. Disponível em: <[http://www.mda.gov.br/portal/nead/arquivos/download/arquivo\\_95.pdf?file\\_id=4301362](http://www.mda.gov.br/portal/nead/arquivos/download/arquivo_95.pdf?file_id=4301362)>. Acesso em: 28 jan. 2012.

CAVALCANTE, José Luiz. A Lei das Terras de 1850: e a reafirmação do poder básico do Estado sobre a terra. **Revista Histórica**: Revista On line do Arquivo Público de São Paulo, São Paulo, v. 02, n. , p.s.p.-s.p., jun. 2005. Bimestral. Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao02/materia02/>>. Acesso em: 24 jun. 2012.

CHAGAS, Marco Aurélio Bicalho de Abreu. A doutrina da Função Social da Propriedade. Artigos 2000. Disponível em <[http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/machagas/a\\_dout\\_da\\_funcao\\_soc\\_da\\_propriedade.htm](http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/machagas/a_dout_da_funcao_soc_da_propriedade.htm)> Acesso em 12 mai. 2012.

CHIAVENATO, Júlio José. **Violência no campo**: O latifúndio e a reforma agrária. São Paulo: Moderna, 2000.

CINTRA, Luiz Antonio. Pelas Terras Contínuas: Para o ministro Carlos Ayres Britto, o STF fez história no caso da Raposa. **Carta Capital**, São Paulo, p.52-53, 17 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/421>>. Acesso em: 01 jul. 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição constitucional. In: SILVA, Carlos Medeiros; TÁCITO, Caio. **Revista de Direito Administrativo**. v. 225. Rio de Janeiro: Renovar Ltda, jul-set 2001. p. 39-44.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CUNHA, Manuela Carneiro da. O Futuro da Questão Indígena. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 20, n. 8, p.121-136, 1994. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v8n20/v8n20a16.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito das coisas**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARID, Jacqueline. **Distribuição de terras é desigual, mostra estudo do IBGE**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,distribuicao-de-terras-e-desigual-mostra-estudo-do-ibge,443477,0.htm>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil Contemporâneo**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010a.

GOHN, Maria da Glória. **Novas teorias dos movimentos sociais**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010b.

GOHN, Maria da Glória. **O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA. **Povos indígenas no Brasil: No Brasil Atual - Quem são**. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/no-brasil-atual/quem-sao/povos-indigenas>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

JELINEK, Rochelle. O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil. Disponível em <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em 12 mai. 2012.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

LENZA, Pedro. **A atividade jurisdicional não é atividade legislativa**. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=6063>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINEZ, Paulo. **Reforma agrária questão de terra ou de gente**. São Paulo: Moderna, 1987.

MARTINS, João de Souza. **Os camponeses e a política no Brasil: As lutas sociais no campo e seu lugar no processo político**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTEIRO, Marcela Nogueira. **O caso raposa serra do sol e a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**: Uma análise do contexto jurisprudencial no qual se inserem as 19 cláusulas condicionantes. 2010. 62 f. Monografia (Superior) - Sociedade Brasileira de Direito Público - Sbdp, São Paulo, 2010. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/172\\_Monografia%20Marcela%20Monteiro.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/172_Monografia%20Marcela%20Monteiro.pdf)>. Acesso em: 08 fev. 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, LUCIA MACIEL BARBOSA DE. **Identidade cultural**. Última modificação em 16 abr. 20210. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Identidade+cultural>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

OLIVEIRA, Umberto Machado de. **Princípios de direito agrário na constituição vigente**. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVETO, Paloma; D'ELIA, Mirella. De Buffalo Bill a Touro Sentado: Relator do processo sobre a reserva Raposa Serra do Sol, ministro diz ter enfrentado o próprio preconceito. **Correio Brasiliense**, Brasília, p. 6-6. 06 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/524>>. Acesso em: 01 jul. 2012.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

PINHEIRO, Victor Marcel. **O STF como legislador negativo**. 2006. 68 f. Monografia (Superior) - Sociedade Brasileira de Direito Público - Sbdp, São Paulo, 2006. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/90\\_Victor%20Marcel%20Pinheiro.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/90_Victor%20Marcel%20Pinheiro.pdf)>. Acesso em: 08 fev. 2012.

QUEIROZ, Antônio Augusto de. **O poder legiferante do Supremo**. 02 de nov. de 2007. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/o-poder-legiferante-do-supremo/>>. Acesso em 29 abr. 2012.

QUEIROZ, Fabio Albergia. **Impactos do comércio internacional de soja sobre a biodiversidade do cerrado. Indaiatuba/SP**. In: ENCONTRO DA ANPPAS, 2, 2004. Disponível em: <[http://www.anppas.org.br/encontro\\_anual/encontro2/GT/GT05/fabio\\_queiroz.pdf](http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT05/fabio_queiroz.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2012.

RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades indígenas**. São Paulo: Ática, 1995.

REIS, Cristiane de Souza. A função social da propriedade rural e o acesso à terra como respeito à dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 53, maio

2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2912](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2912)>. Acesso em: 08 fev. 2012.

RIZZI, Ester Gammardella. **Função social da propriedade e o poder de polícia**. 2002. Disponível em <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/43\\_Ester%20Rizzi.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/43_Ester%20Rizzi.pdf)>. Acesso em 20 mai. 2012.

ROCHA, Manoel Ison Cordeiro. **Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Franca: Ribeirão Gráfica e Editora, 2011.

RODRIGUES, Sergio Augusto Santos. **O Modelo de escolha dos Ministros do STF**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235068896174218181901.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2012.

ROMAN, Flávio José. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e outros Tribunais constitucionais sul-americanos: breve estudo comparado. In: GARCIA, Maria. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 15, nº 58, jan-mar 2007. p. 51-77.

SAMPAIO, Plínio de Arruda; RESENDE, Marcelo. Tendências da conjuntura que impedem a reforma agrária. In: SYDOW, Evanize; MENDONÇA, Maria Luisa. **Direitos humanos no Brasil 2004**: relatório da rede social de justiça e direitos humanos. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2004. p. 55-61.

SANTILLI, Juliana. O usufruto exclusivo das riquezas naturais existentes nas terras indígenas. In: LARANJEIRA, Raymundo. **Direito agrário brasileiro**. São Paulo: Ltr, 1999. p. 657-683

SANTOS, Margareth Alves. **A aplicação dos requisitos da função social da propriedade no âmbito da reforma agrária pelo Supremo Tribunal Federal**. 2006. Disponível em <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/69\\_Margareth.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/69_Margareth.pdf)> Acesso em 20 de mai. De 2012.

SCHERER-WARREN, Ilse. **Redes de movimentos sociais**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

SILVEIRA, Ricardo de Jesus. Os movimentos sociais. In: TOMAZI, Nelson Dacio. **Iniciação à sociologia**. 2. ed. São Paulo: Atual, 2000. Cap. 6, p. 221-264.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Graziano. **O que é questão agrária**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.

SODERO, Fernando Pereira. **Direito agrário e reforma agrária**. 2. ed. Florianópolis: Oab/sc Editora, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Fernando Ferreira de; LOPES, Bárbara Martins. **A importância do direito dos índios para a manutenção da identidade brasileira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 286, 19 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5110/a-importancia-do-direito-dos-indios-para-a-manutencao-da-identidade-brasileira>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

STÉDILE, João Pedro. **A questão agrária no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Atual, 1997.

TAVARES FILHO, Newton. **Tribunais Constitucionais**. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. 2009. Disponível em <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1571/tribunais\\_constitucionais\\_tavares.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1571/tribunais_constitucionais_tavares.pdf?sequence=1)> Acesso em 20 mai. 2012.

UOL. **Distribuição de terras no Brasil é a mesma há 20 anos, diz IBGE**. Notícias. 30 set. 2009. 15h46min. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/efe/2009/09/30/ult1808u147291.jhtm>>. Acesso em: 07 fev. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo dia era dia de índio. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 6, p.143-158, 2010. Semestral. Disponível em: <<http://www.direitov.com.br/sites/default/files/08.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2012.