

CONFLITO MATERIAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE INDÍGENA*

Bruno Gomes Piva**

Mariza Giacomín Lozer Patrício***

Fecha de recepción: 14 de noviembre de 2014

Fecha de evaluación: 31 de mayo de 2015

Fecha de aprobación: 18 de marzo de 2016

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.2723>

Forma de citación: Gomes, B. & Lozer, M. (2017). Conflito material do direito de propriedade indígena. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 20, 39, 55-71. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.2723>

Resumo

As demarcações de terras indígenas vêm causando grandes repercussões no decorrer da história brasileira. O objetivo principal desta pesquisa é buscar entender o porquê dos conflitos relativos aos limites do direito de propriedade indígena no processo de demarcação de território dos mesmos. A problemática situa-se na necessidade de entender o que deve prevalecer frente a esses conflitos, se o direito de propriedade assegurado no artigo 5 da Constituição Federal de 1988 ou o direito às terras tradicionalmente ocupadas previsto no artigo 231 do mesmo texto constitucional. A metodologia adotada foi a exploratória-descritiva e ao final, tentou-se propor possíveis soluções para sanar o problema apresentado. Ao final, perceber-se-á que os índios são meros usufrutuários, como também, que os conflitos existentes entre os territórios de demarcação indígena e as propriedades particulares podem decorrer de laudos antropológicos que foram fraudados por quem os realizam, com o intuito de ampliar injustamente o território indígena.

Palavras-chave:

Conflitos, direito de propriedade, particulares, índios.

CONFLICTO MATERIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD INDÍGENA

Resumen

Las demarcaciones de tierras indígenas han causado grandes repercusiones en la historia brasileña. El objetivo principal de esta investigación es buscar entender el porqué de los conflictos relativos a los límites del derecho de propiedad indígena en el proceso de demarcación de territorio de los mismos. La problemática se encuentra en la necesidad de comprender lo que debe prevalecer frente a esos conflictos, si el derecho de propiedad asegurado en el artículo

* Este artigo é um produto oriundo de pesquisa acadêmica no nível de graduação.

** Advogado, egresso do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz (FAACZ) – Brasil. Correio eletrônico: bruno_gomespiva@fsjb.edu.br

*** Advogada (FESV). Doutoranda em Direito Civil pela Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires, Argentina. Mestre em Tecnologia Ambiental (FAACZ). Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico (UNIDERP). Bacharel em Ciências Contábeis (FACEC). Especialista em Administração Financeira (UNIVERSO). Professora Adjunta nos Cursos de Direito e Engenharia Química nas Faculdades Integradas de Aracruz (FAACZ) – Brasil. Correio eletrônico: mariza@fsjb.edu.br

5 de la Constitución Federal de 1988 o el derecho a las tierras tradicionalmente ocupadas previsto en el artículo 231 del mismo texto constitucional. La metodología adoptada fue la exploratoria-descriptiva y se trató de proponer posibles soluciones para sanear el problema presentado. Al final, se evidenciará que los indígenas son apenas usufructuarios, así como también, que los conflictos existentes entre los territorios de demarcación indígena y las propiedades particulares pueden originarse de estudios antropológicos falseados por quienes los realizan, con el propósito de ampliar injustamente el territorio indígena.

Palabras clave:

Conflictos, derecho de propiedad, particulares, indígenas.

MATERIAL CONFLICT OF INDIGENOUS OWNERSHIP RIGHTS**Summary**

Indigenous land boundaries have caused great repercussions in Brazilian history. The main objective of this research is to seek to understand the reasons of disputes regarding the boundaries of indigenous property rights in the process of demarcation of its territory. The problem lies in the need to understand what must prevail before such conflicts, if property rights guaranteed in article 5 of the Federal Constitution of 1988 or the right to the lands traditionally occupied provided in article 231 of the same constitutional text. The methodology adopted was the exploratory-descriptive and tried to propose possible solutions to remedy the problem presented. At the end, it will be perceived that indigenous people are hardly usufructuaries, and besides, that the existing conflicts between the demarcation of indigenous territories and the private properties can be originated from fake anthropological studies, with the aim of widening indigenous territories unfairly.

Keywords:

Conflicts, property rights, general public, indigenous people.

Introdução

O presente trabalho visa mostrar o que é o direito de propriedade, tanto para o particular, como para os povos indígenas, bem como, demonstrar como é feito o procedimento de demarcação dos territórios de usufruto exclusivo dos índios. Também, pretende-se abordar os principais limites existentes entre as propriedades particulares e as propriedades cujo domínio pertence à União, porém, tem como possuidores de forma exclusiva os povos nativos do Brasil.

A metodologia adotada neste trabalho é a exploratória-descriptiva por levantamentos biblio-

gráficos, artigos publicados na rede mundial de computadores, leis federais, estaduais e municipais, decretos, Constituição Federal.

Abordar-se-ão jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que tratam de processos de demarcação dos territórios indígenas, a posição do Estado no processo de desapropriação, e quanto a questão do registro da área demarcada como território indígena, bem como, a posição doutrinária de juristas como Carlos Roberto Gonçalves e José dos Santos Carvalho Filho, além de matérias jornalísticas que trazem conceitos e posicionamentos sobre direito de propriedade, procedimento de demarcação de

terras indígenas, os limites das propriedades particulares frente às propriedades da União, as principais causas de geração de tais conflitos, entre outras matérias que serviram de base para se chegar a conclusão da problemática apresentada neste trabalho.

Para tanto serão abordados os conceitos, procedimentos de aquisição das propriedades, além de tratar das principais causas de geração de conflitos entre proprietários de terras particulares e as demarcações dos territórios indígenas feitas pela Fundação Nacional do Índio (Funai), bem como, a possível diminuição ou até mesmo erradicação de tais conflitos por meios da integralização dos povos ou mudança no caráter principal das necessidades dos povos “não” civilizados.

A. Direito de propriedade indígena

A Constituição Federal de 1988 traz no seu título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais, capítulo I: Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, mais precisamente no artigo 5, inciso XXII a previsão de que é garantido o direito de propriedade a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

O conceito de Direito de Propriedade, portanto conforme preleciona o artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro (lei 10.406, 10 de Janeiro de 2002) é a faculdade que o indivíduo tem de “usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Os verbos descritos nesse artigo são os elementos que constituem os poderes que detém o proprietário sobre o seu bem.

Pode-se definir como conceito do primeiro elemento do artigo acima citado (usar), como sendo a faculdade do dono de servir-se da coisa e de utilizá-la da forma que lhe for mais adequada sem modificar o bem. O segundo elemento (gozar), pode-se dizer que é o direito do proprietário de perceber os frutos naturais e civis da coisa e de poder aproveitá-los economicamente. O terceiro (dispor da coisa), nada mais é do que o poder

de transferir a coisa, de gravá-la de ônus e de aliená-la a outra pessoa. E por último (reaver a coisa), é o direito em que o proprietário pode reivindicá-la das mãos de quem injustamente a possua ou detenha (Gonçalves, 2013).

O direito de propriedade deve sempre se destinar à sua função social, ou seja, segundo a disposição contida no artigo 1.228, § 1º do Código Civil Brasileiro, temos que:

(...) o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Da mesma forma, ao direito privado nas relações civis existentes entre o proprietário e terceiros que estejam no mesmo plano jurídico que ele, isto é, quando não há supremacia por uma das partes sobre a outra. Preconiza Nader (2014, p. 94) na sua obra Curso de direito civil, volume 4, referente ao “direito das coisas” que:

Dada a função social da propriedade e considerando-se que o interesse do proprietário não deve prevalecer sobre os da sociedade, a Lei Civil prevê, pelo § 3º do artigo sob comentário, a desapropriação da coisa, por iniciativa do poder público, quando houver necessidade pública, utilidade pública ou interesse social (art. 5º, inc. XXIV, CF). É possível, também, a requisição da coisa, havendo perigo público iminente. A hipótese é de uso da propriedade particular, previsto na Constituição da República, art. 5º, inc. XXV. A segurança jurídica do proprietário limita-se à certeza de que, desapropriado o bem, deverá receber previamente uma justa indenização em dinheiro, ressalvada a hipótese dos imóveis urbanos ou rurais que não estiveram alinhados à sua virtual função social. Nos casos de requisição, ocorrendo dano à coisa, haverá indenização a posteriori.

Nesta última hipótese, o pagamento será efetuado mediante título da dívida pública. Embora os Estados-membros e os Municípios tenham competência para atos de desapropriação, apenas a União está autorizada a legislar sobre a matéria, consoante prevê a Lei Maior, art. 22, inciso II.

Assim, caso a propriedade não cumpra com sua função social, conforme vê-se com a explanação doutrinador acima, o Estado pode intervir e até suprimi-la, se esta providência for de caráter indispensável para reajustá-la aos fins constitucionalmente assegurados, podendo ainda o Estado usar da propriedade para iminente perigo público ou para fins de reforma agrária como foi o caso do recurso especial 841.246 do STJ cujo relator foi o Min. José Delgado, no qual o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária propôs uma ação de desapropriação por interesse social a uma determinada propriedade tendo em vista que ficou caracterizada através de laudo técnico que a mesma não estava cumprindo com sua função social, portanto a ação foi totalmente procedente no que se refere à desapropriação por interesse social e parcialmente procedente quanto aos juros compensatórios, sendo este o principal objeto de discussão do referido recurso. Portanto, segundo as orientações de Nader (2014, p. 175),

Desapropriação ou expropriação é espécie de intervenção pública na propriedade privada, da qual também o são: a servidão administrativa, a ocupação temporária, a limitação administrativa, e a requisição. Ato da Administração Pública autorizado pela Lei Maior e nos limites por esta fixados, a desapropriação é a modalidade mais radical de intervenção, pois implica a perda da propriedade privada. É instrumento a ser utilizado na defesa e proteção dos interesses sociais. Na palavra de Hely Lopes Meirelles, “é o moderno e eficaz instrumento que se valo o Estado para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos; para propiciar a implantação de planos de urbanização; para preservar o meio ambiente

contra devastações e poluições; e para realizar a justiça social, com a distribuição de bens inadequadamente utilizados pela iniciativa privada”.

Ocorre interesse social no que tange o fim deste para a desapropriação feita pelo Estado, segundo Di Pietro (2012, p.176) apud Fagundes (1984, pp. 287-288),

(...) quando o Estado esteja diante dos chamados interesses sociais, isto é, daqueles diretamente atinentes às camadas mais pobres da população e à massa do povo em geral, concernentes à melhoria nas condições de vida, à mais equitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades sem sociedade.

Sendo a Constituição guardiã dos direitos dos povos indígenas, Villares (2009, p. 100) em sua obra *Direito e povos indígenas*, aborda tal premissa ao dizer que

(...) o Brasil se fez independente, o que trouxe implicações óbvias em relação às terras de ocupação indígena. Com o Império, o índio foi incorporado formalmente à nova nação: todo índio habitante do Brasil tornou-se um brasileiro. Contudo, sua autodeterminação e soberania enquanto etnia diferenciada foi negada, assim como foram negados os direitos mais elementares.

Importante destacar que, tempos depois a era imperial do Brasil Colônia, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual traz um capítulo específico para tratar dos direitos deste grupo especial da população de nosso país, fazendo dela a primeira constituição brasileira a tutelar os direitos e garantias dos povos nativos brasileiros.

No entanto, apesar da Constituição trazer nos seus artigos 231 e 232 os direitos que pertencem aos nativos brasileiros, ela não aborda o conceito do que é ser considerado índio. Este é tratado em lei infraconstitucional, precisamente na lei

6.001, de 19 de dezembro de 1973 ou, como mais popularmente é conhecida, Estatuto do Índio.

O Estatuto do Índio, para efeitos legais, conceitua o índio no seu artigo 3, I como sendo “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional” (lei 6.001/73).

O constituinte de 1988 no artigo 231 de nossa Lei Maior reconheceu aos povos indígenas a 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”. Villares (2009, p. 104) alude também que:

Outra ideia que veio à baila com a teoria do indigenato, mas principalmente pelo ideal positivista é a necessidade de demarcar as terras ocupadas pelos índios, num reconhecimento da independência dos povos indígenas e de sua composição ao lado dos demais Estados para a formação da Federação. Ato demarcatório, pela combinação dos positivismo e do indigenato, era encarado como reconhecimento do direito originário dos povos indígenas sobre suas terras.

O indigenato foi acolhido no texto da Constituição de 1988, notadamente na ideia de que as terras indígenas são reconhecidas, cabendo à União demarcá-las administrativamente.

Assim, abordar-se-á neste trabalho somente a matéria que se refere aos direitos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas e a sua necessária demarcação.

B. O processo de demarcação das terras indígenas no Brasil

As terras ocupadas pelos índios são de propriedade plena da União, ou seja, sobre as terras

indígenas, a União possui o direito de usar, gozar, dispor e reaver, cabendo somente a esses povos o usufruto exclusivo de caráter permanente das riquezas do solo, dos rios e dos lagos que possam existir nelas, caracterizando-se assim, que os povos indígenas possuem somente o direito possessório, ou seja, segundo o artigo 1.196 do Código Civil Brasileiro, considera-se possuidor “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade”, visto que, os índios somente detêm o poder de gozar exclusivamente de tais áreas demarcadas pela União. Afirmando o alegado acima, Nader (2014, p. 353) apud Beviláqua aborda que:

Enquanto ao nu-proprietário é permitida a venda ou doação de seu domínio, ao usufrutuário é vedada a alienação de seu direito. Como o usufruto é instituído, geralmente, visando a beneficiar alguém, “dando-lhe meios de prover sua subsistência”, entende Clóvis Beviláqua que esta finalidade estaria comprometida caso o usufrutuário pudesse alienar o seu direito.

Desta maneira, como os índios possuem somente o usufruto exclusivo das terras indígenas, que por eles foram ocupados de forma tradicional, não podem fazer a disposição delas, seja qual for a forma. Di Pietro (2012, p. 775) apud Silva, conceitua terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas como sendo aquela que

(...) não revela uma relação temporal; “não se trata de posse ou prescrição imemorial, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse e dela se originassem os direitos dos índios sobre as terras por ele ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas”. Para o autor, “o tradicionalmente refere-se ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras

menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se desloca etc.”.

E nesta linha de raciocínio quanto a posse/usufruto exclusivo, Nader (2014, p. 44) afirma que:

(...) posse exclusiva é a não partilhada. O titular pessoa física ou jurídica, exerce determinado tipo de poder, isoladamente, sem comunhão com outrem, sobre uma determinada coisa. Caracteriza-se pelo fato de que apenas uma pessoa dispõe de determinada posse, que poderá ser plena, direta ou indireta. Sobre uma coisa pode incidir mais de uma posse exclusiva, mas cada qual recaindo sobre poder diferente. Se o usufruto possui apenas um titular, a posse correspondente será exclusiva. Posse exclusiva não se confunde com absoluta ou plena. Esta diz respeito ao conteúdo amplo da posse. Seu titular detém a gama de poderes inerentes à propriedade.

Preleciona ainda nesta vertente, a doutrinadora Di Pietro (2014, p. 775) apud Silva que:

Os direitos que a Constituição assegura aos índios sobre as terras são a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2º). A posse não é a de que trata o Código Civil; “não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela *possessio ab origine* que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material do homem com a coisa, mas um poder, um senhorio.

Como pertence à União o direito pleno de propriedade, aparentemente, esses territórios são caracterizados como inalienáveis, indisponíveis e seus direitos são imprescritíveis; prelecionando a lei 6.001/73, que as terras ocupadas pelos índios não poderão ser objetos de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena.

Gonçalves (2013) afirma que o usufruto se daria pelo desmembramento dos poderes inerentes ao domínio, no qual do lado do nu-proprietário, neste caso a União, fica o direito à substância da propriedade, a prerrogativa de dispor dela, e a expectativa de recuperá-la como, por exemplo, a desapropriação para fins de reforma agrária pelo motivo de que a propriedade a ser expropriada não está exercendo a sua função social, bem como, passa para as mãos do usufrutuário os direitos de uso e gozo dos quais transitoriamente se torna titular. Seguindo esse mesmo pensamento, o ilustre doutrinador Nader (2014, pp. 351 e 354) relata que:

Em comum o direito de propriedade o usufrutuário tem o direito de usar e fruir da coisa, mas somente aquele que dispõe do *jus abutendi*, que o permite destruir, em princípio, ou alienar o objeto de seu domínio. Enquanto este é perpétuo, o direito do usufrutuário é essencialmente temporário.

O usufrutuário não está impedido, por outro lado, de alienar os frutos já percebidos, uma vez que passaram a integrar o seu patrimônio. Diferentemente ocorre em relação aos frutos pendentes, caso em que estará impedido de aliená-los. Nada impede, outrossim, que, ainda não colhidos, sejam objeto de promessa de venda condicionada à aquisição do domínio.

Entretanto, vale ressaltar que como são considerados bens públicos, podem ser alienados com observância dos requisitos legais e, tendo em vista o princípio do interesse público, este sempre deve prevalecer sobre o particular. Assim, confirma Di Pietro (2014, p. 776) quando diz que:

(...) as terras indígenas são bens públicos de uso especial; embora não se enquadrem no conceito do artigo 99, II, do Código Civil, a sua afetação, a sua inalienabilidade e indisponibilidade, bem como a imprescritibilidade dos direitos a elas relativos, conforme previsto no § 4º do artigo 231

da Constituição, permite incluí-las nessa categoria de bens.

Com base nos elementos constitutivos da propriedade, cabe somente aos povos nativos o direito de servir-se das terras usando e gozando da maneira que entender, porém, dentro dos limites legais, restringindo, portanto a eles o direito de dispor da coisa, neste caso, de “suas” terras. Assim, para Nader (2014, p. 357) quanto aos povos indígenas,

(...) por disposição constitucional, possuem o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras em que tradicionalmente ocupam, destinadas à sua posse permanente. É a dicção do art. 231, § 2º da Constituição da República.

Preleciona Villares (2009, p. 104) quanto ao conceito de terras indígenas, que:

(...) são aquelas de ocupação tradicional, um vínculo de fato, independente do Estado e da legitimação do processo demarcatório, criações, jurídicas. Infraconstitucionalmente, a Lei 6.001/73 também acolhe os princípios do indigenato ao estabelecer, em seu art. 25, que o reconhecimento dos povos indígenas à posse permanente das terras por eles habitadas independe de sua demarcação.

Entretanto, a Carta Maior dita que cabe a União fazer a demarcação das terras em que exista ocupação de forma tradicional dos povos indígenas, entendendo-se como terras ocupadas tradicionalmente pelos mesmos as que por eles são habitadas em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural. Então há somente quatro possibilidades de existência de terras ocupadas de forma tradicional.

É dever da União realizar as demarcações das terras indígenas, e para que isto ocorra há a necessidade de um regulamento específico, uma

vez que a Carta Maior só traça a competência para fazer as demarcações, e não diz quais os procedimentos a serem adotados. Assim, seguindo o mesmo raciocínio, Villares (2009, p. 113), diz que

(...) depreende-se do art. 231 da atual Constituição que a demarcação das terras indígenas tradicionalmente ocupadas é o reconhecimento pela República brasileira da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições de cada um dos povos indígenas. A relação de cada povo indígena é peculiar, pois cada território revela características únicas. Certo, contudo, é que os índios se relacionam com a terra que ocupam de um forma fundamentalmente diferente da apropriação levada pela forma de produção capitalista.

Terra, para o índio, tem um valor superior a simples propriedade individual. Ela é a base material da vida indígena, sua morada, local onde são desenvolvidas suas relações familiares, do qual retira seu alimento e os recursos para construir suas casas e desenvolver suas técnicas e artefatos, em que propaga sua religiosidade e cultura. A língua indígena traduz em fonemas a experiência física desenvolvida no seu lugar: isso é revelado nos muitos nomes das características do lugar. Existe uma intimidade do índio com o lugar em que vive, própria de quem depende de um lugar para viver. Esta relação é de dependência e respeito e não de exploração sem limite da terra e de seus recursos. A terra é base física, o meio ambiente que sustenta as relações sociais e a cultura de um povo.

Neste preceito, a lei 6.001/73 complementada pelo decreto 1775, de 8 de Janeiro de 1996 aludem como devem ser feitos os procedimentos das demarcações. O decreto 1.775 estabelece que as terras deverão ser demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, neste caso, a Funai. Tais demarcações devem ser fundamentadas em

trabalhos desenvolvidos por antropólogos que elaboram estudos de identificação da área, para a análise da natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e se necessário farão o levantamento fundiário cabível à delimitação. Em todas as fases do procedimento demarcatório deverá haver a participação dos povos nativos, como prevê o artigo 2, §3º do citado decreto.

Nestes mesmos moldes, o decreto estabelece que deverão ser apresentados ao órgão federal de assistência ao índio no prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico para realizar tal atividade, o relatório dos trabalhos de identificação e delimitação da área objeto, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

Com a aprovação do relatório, será feito a publicação do resumo do mesmo no prazo de quinze dias no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área que está sendo objeto de demarcação. Logo após, será entregue o procedimento demarcatório ao ministro de Estado da Justiça para que ele possa declarar, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinar sua demarcação.

Finalizando o procedimento demarcatório, o órgão federal de assistência ao índio deverá em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, promover o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

Em síntese, para que haja a demarcação das terras indígenas deve-se ter a identificação e delimitação antropológica da área, a declaração da posse permanente, por meio de portaria do ministro de Estado da Justiça, a demarcação propriamente dita, mediante assentamento físico dos limites, com a utilização dos pertinentes marcos geodésicos e placas sinalizadoras, a homologação mediante decreto do presidente da República; e o registro, a ser realizado no Cartório de Imóveis da comarca de situação das

terras indígenas e na Secretaria do Patrimônio da União.

Desta forma, tem-se o mandado de segurança 15.822 do STJ julgado pelo ministro relator Castro Meira, o qual foi impetrado pelo autor alegando o suposto abuso e ilegalidade do ministro de Estado da Justiça ao declarar pela portaria 3.076/2010 a posse permanente do grupo indígena. Porém, por decisão unânime, o mandado de segurança foi denegado uma vez que, para o STJ não se faz necessário a intervenção judicial para que haja o registro da terra indígena no cartório imobiliário, pois, os artigos 5 e 6 do decreto 1.775/96, são claros ao afirmar que, após o decreto de homologação do presidente da República do procedimento demarcatório, será feito pela Funai o registro da área no respectivo cartório de imóveis.

Feitos tais procedimentos previstos no decreto 1.775, os povos nativos passam a possuir o direito de servir-se das terras usando e gozando dentro dos limites legais, perfazendo assim, o direito de propriedade indígena que é diferente do direito de propriedade previsto no artigo 1.228 do Código Civil de 2002. Villares (2009, p. 114) alude que

(...) o direito indígena sobre suas terras é um direito dominial primário e congênito. Este direito é anterior e oponível a qualquer reconhecimento ou ocupação superveniente. A posse não se legitima pela titulação, mas pela efetiva ocupação indígena. Ademais, não seria respeitoso aos costumes indígenas subordiná-los às formalidades da legitimação jurídica do registro de terras.

(...) As condições são todas necessárias e devem ser somadas na definição do conceito e da sua aplicação.

Neste sentido, a título exemplificativo, tem-se o recurso extraordinário 219.983-3/SP do Supremo Tribunal Federal cujo ex-ministro Nelson Jobim relata em seu voto que:

A terra indígena no Brasil, por força da definição do art. 231, se compõe de quatro elementos distintos. O primeiro deles:

Art. 231. (...)

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente (...)

Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. (...) Agora, a terra indígena não é só área possuída de forma tradicionalmente pelos índios.

Há um segundo elemento relevante:

(...) as utilizadas para suas atividades produtivas (...)

Aqui, além do elemento objetivo de estar a aldeia localizada em determinado ponto, há necessidade de verificar-se a forma pela qual essa comunidade indígena sobrevive.

O terceiro elemento que compõe esse conceito de terra indígena:

(...) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar (...)

E, por último:

(...) e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Vistos os conceitos de direito de propriedade particular frente aos povos indígenas, de como deve ser feita as demarcações do mesmos, passa-se agora a análise dos conflitos que existem nos dias atuais quanto a demarcação das terras indígenas e também quanto a violação dos limites a elas atrelados.

C. O conflito relativo aos limites do direito de propriedade indígena face o direito de propriedade do particular

Constitucionalmente, e também com esteio no Código Civil brasileiro, viu-se que além de garantir ao povo brasileiro e aos estrangeiros residentes no país o direito à propriedade, os mesmos dispositivos também regulam/limitam tal direito no que se refere aos índios.

A propriedade deve se ater a sua função social e caso essa não esteja sendo exercida, o Estado pode intervir para adequar essa qualificação, fazendo com que o exercício da propriedade atue em prol da sociedade e de suas finalidades econômicas, ou seja, não basta que exista somente o direito de propriedade, há também a necessidade de que este esteja sendo utilizado em benefício da coletividade, isto é, do interesse público.

Um exemplo de penalidade que surge devido ao não cumprimento da função social é o caso do artigo 182, § 4º, III da Constituição Federal e o artigo 8, § 1º da lei 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, no qual relatam que poderá ser feita a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais, entre outras formas punitivas. Mello (2014, p. 889) em seu livro *Curso de direito administrativo*, define a desapropriação como sendo

(...) o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada

para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real.

Há também limitações constantes de outros dispositivos legais, como por exemplo, no Código Civil, Código de Mineração, Código Florestal, na Lei de Proteção do Meio Ambiente, etc.

O Código Civil de 2002 traz em seu artigo 1.228 as limitações de caráter privado, administrativo e social. A primeira pode ser notada no § 2º do referido artigo ao qual proíbe ao proprietário atos que sejam animados pela intenção de prejudicar alguém. A segunda limitação do artigo 1.228 está descrita em seu § 3º ao qual refere que se houver necessidade, utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente, o proprietário poderá por meio de desapropriação ser privado da sua propriedade.

E por fim, nos §§ 4º e 5º deste mesmo artigo, manifesta-se sobre a limitação da propriedade em vista da ordem social, isto é, o Estado de uma forma ou de outra, deve fazer preponderar o interesse público sobre o particular.

Pode-se notar que se a propriedade não estiver de acordo com a sua função social e dentro dos limites que os dispositivos legais lhe impõem, o Estado pode fazer a intervenção para adequar a propriedade a supremacia do interesse público.

Carvalho (2013) afirma que existem duas formas principais de intervenção do Estado sobre o direito de propriedade particular ou pública. Uma delas é a intervenção restritiva, ao qual o Estado confere “restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem, no entanto, retirá-la de seu dono”, assim, o proprietário não poderá utilizá-la como bem entender, “devendo subordinar-se às imposições emanadas pelo Poder Público”, porém, estará consigo na esfera jurídica a sua propriedade.

A outra forma de intervenção é a supressiva, na qual Carvalho (2013, p.796) conceitua como sendo “aquela em que o Estado, valendo-se da

supremacia que possui em relação aos indivíduos, transfere coercitivamente para si a propriedade de terceiros, em virtude de algum interesse público previsto em lei”.

Havendo essa transferência pelo Estado de forma coercitiva da propriedade particular para si, deverá fazer segundo o artigo 184 da Constituição Federal mediante “justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”. Abordando sobre a indenização cabível quando há a desapropriação feita pelo Estado, Mello (2014, p. 893) relata que:

(...) a indenização devida ao expropriado a teor do art. 184 da Constituição terá de ser justa e prévia. Entende-se como justa, segundo caracterização feita no art. 12 da Lei 8.629/1993 (com a redação dada por inconstitucional medida provisória, que hoje é precitada MP 2.183-56/2001), aquela que “reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos: I – localização do imóvel; II – aptidão agrícola; III – dimensão do imóvel; IV – área ocupada e ancianidade das posses; V – funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias”.

Indenização justa, prevista no art. 5º XXIV, da Constituição Federal, é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio.

Indenização justa é a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento.

Esses são alguns dos limites de direito de propriedade particular estatuídos na legislação

brasileira. Passa-se agora à análise dos limites do direito de propriedade indígena. Para Villares (2009, pp. 118-119) temos que:

(...) as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, de acordo com o § 2º do art. 231 da Constituição de 1988. Os índios são senhores de suas terras e têm a posse de fato das áreas de ocupação tradicional de modo exclusivo. Decorrente dessa posse permanente é a vedação, inscrita no § 5º do mesmo artigo, da remoção dos índios de suas terras. Vedação esta que admite exceções, que são os casos previstos de “catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco”. Outra decorrência óbvia é o usufruto dos recursos naturais de suas terras, sem o qual a posse não seria plena.

A proteção às terras indígenas em relação à ocupação por terceiros também encontra respaldo no Direito Penal, com a Lei 4.947¹, de 06.04.1966:

Art. 20. Invasão com intenção de ocupá-las, terra da União, dos Estados e dos Municípios:

Pena: Detenção de 6 meses a 3 anos.

Desta feita, deve ser feita uma análise sobre as atuais terras demarcadas e as possíveis demarcações territoriais indígenas que possam acontecer nos anos vindouros. O artigo 65 do Estatuto do Índio estipula o prazo em que as demarcações deveriam ter sido feitas: “O Poder Executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas”.

Analisando a letra fria desta lei e com base no artigo 65 do Estatuto do Índio c/c o artigo 67

¹ Esta lei fixa normas de direito agrário, dispõe sobre o sistema de organização e funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, e dá outras providências.

do Ato das Disposições Constitucionais, pode-se chegar à conclusão de que o poder executivo deveria ter demarcado todas as terras ditas como indígenas até o ano de 1993. Mas, não foi isso que aconteceu de fato.

Entretanto, as demarcações estão sendo feitas até os dias atuais devido ao mandado de segurança julgado pelo STF tombado sob número 24.566 o qual diz em sua ementa que: “o prazo previsto no artigo 67 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias não é peremptório. Sinalizou simplesmente visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação e, portanto, a realização destes em tempo razoável”. Neste diapasão, Villares (2009, p. 124) conceitua a demarcação como sendo:

(...) ato de simples reconhecimento de um direito originário dos povos indígenas. Não é ato constitutivo de direitos, mas ato administrativo que declara a ocupação indígena e seus limites territoriais, bem como estabelece a nulidade dos atos e títulos referentes à sua ocupação, domínio ou a posse, e garante proteção como bem da União. Ilustrando o até aqui exposto por Paulo de Bessa Antunes: é preciso estar atento ao fato de que as terras indígenas foram reconhecidas como pertencentes aos diversos grupos étnicos, em razão da incidência de direito originário, isto é, direito precedente e superior a qualquer outro que, eventualmente, se possa ter constituído sobre os territórios dos índios. A demarcação não constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira.

A título de ilustração sobre o tema, tem-se a petição 3.338/RO do Supremo Tribunal Federal em que retira-se do voto do ministro Carlos Ayres Britto a seguinte passagem de extrema importância:

Veremos cada qual desses conteúdos, não sem antes ajuizar que somente à União

compete instaurar, sequencias e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente. Mas, instaurar, sequenciar, concluir e efetivar esse processo por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo Federal, pois as competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, se esgotam nos seguintes fazeres: a) “autorizar, em terras indígenas, a exploração, o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais” (inc. XVI do art. 49); b) pronunciar-se, decisoramente, sobre o ato de ‘remoção de grupos indígenas de suas terras’ (§ 5º do art. 231, assim, redigido: ‘É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponham em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantindo, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse esse risco’). Com o que se mostra plenamente válido o precitado art. 19 da Lei Federal 6.001/73 (Estatuto do Índio), também, validamente regulamentado pelo Decreto 1.775/96.

Segundo divulgado no site da Funai, atualmente há um total de 585 (quinhentos e oitenta e cinco) demarcações de terras indígenas, totalizando uma área de 113.110.231,9121 hectares, e há mais 36 (trinta e seis) áreas que já passaram pelos procedimentos demarcatórios abordados anteriormente e que se encontram em procedimento administrativo de aquisição, isto é, estão na fase da compra, desapropriação ou a espera da doação do território. Especificamente no Estado do Espírito Santo existem 6 (seis) demarcações de territórios indígenas em andamento, todas no município de Aracruz (Modalidades de Terras Indígenas: Terras Indígenas, s. d.). É importante ressaltar que a portaria 303 da Advocacia Geral da União faz a proibição da ampliação de terras indígenas já demarcadas no Brasil.

Da forma como está a situação das demarcações das terras indígenas, interessante será a abordagem sobre os limites dessas terras, pois assim como na propriedade particular, as terras indígenas possuem limites descritos dentro da própria constituição, uma vez estabelecendo que o Estado pode intervir no momento em que, assim como no particular, o território não esteja sendo utilizado de maneira adequada à sua função social.

Como visto acima, por exemplo, o Estado pode intervir quando houver interesse da soberania do país para sanar o risco que possivelmente aquele território está causando para a sua população, ou se houver catástrofe ou epidemias que ponham em risco a saúde da população, como também no caso de ameaça de invasão por Estado estrangeiro.

Um dos principais limites que se pode atribuir às terras indígenas é o fato de ser território de domínio da União, estabelecido no artigo 231, § 6º da Carta Maior, que os povos indígenas não podem pactuar qualquer tipo de ato que:

(...) tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo (art. 231 da CF/88), ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção do direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé (Pinto, Wint e Céspedes, 2011, p.73).

Nestes moldes, os povos indígenas possuem, como prevê a Carta Maior, somente o direito de usufruir de forma exclusiva desses territórios e somente sobre os mesmos, assim, estão limitadas as demarcações feitas pelo ente competente uma vez que é proibida a ampliação das terras indígenas que já foram demarcadas.

Entretanto, essas demarcações muitas vezes são feitas fora do que é previsto no decreto 1.775,

que regula o processo de demarcação de tais territórios, e com isso gera-se diversos conflitos entre os índios e os não índios, em especial, os agricultores, tendo em vista que na sua grande maioria as demarcações são feitas nas fronteiras de propriedades particulares destinadas à agropecuária, fazendo nascer assim o conflito entre o direito de propriedade particular e o direito de propriedade indígena. Assim, alude Villares (2009, p. 130) no que tange ao procedimento demarcatório que:

O contraditório no processo de demarcação foi considerado desnecessário por parte da doutrina, mas, com o Decreto 1.775/96, solapou-se a discussão sobre a constitucionalidade do Decreto 22/91 –anterior decreto que regulamentava a demarcação de terras indígenas–, que não previa o contraditório e a ampla defesa. Hoje é entendimento do Supremo Tribunal Federal que o Decreto 1.775/96 obedece ao art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, o qual assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Como exemplo de que hoje o entendimento majoritário é o de que o decreto 1.775/96 é considerado constitucional, tem-se o julgado do mandado de segurança 10.994 do STJ prolatado pela ministra Denise Arruda, que em sua ementa aduz:

Direito administrativo. Mandado de segurança. Demarcação de terras indígenas. Ato do ministro de Estado da Justiça. Portaria 1.289/2005, que declarou de posse permanente do grupo indígena guarani ñandeva a terra indígena Yvy-Katu. Território demarcado que engloba fazendas de propriedade dos impetrantes. Ausência de violação dos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Análise suficiente das contestações apresentadas pelos impetrantes. Legalidade e constitucionalidade do processo administrativo que culminou com o ato impetrado. Ausência de direito

líquido e certo a ser protegido pela via eleita. Denegação da ordem.

1. Esta Primeira Seção, quando do julgamento do MS 10.269/DF, Relator para acórdão o Ministro Teori Albino Zavascki (DJ de 17.10.2005), reconheceu a ausência de nulidades no processo administrativo que culminou com a edição do ato ora impetrado, ou seja, a Portaria 1.289/2005, que declarou de posse permanente do grupo indígena Guarani Ñandeva a Terra Indígena Yvy-Katu.

2. No caso dos autos, não houve cerceamento de defesa, tampouco ocorreu violação dos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois o processo administrativo foi regularmente instaurado e processado, nos termos da legislação especial (Decreto 1.775/96), oportunizando-se o acesso aos autos e o oferecimento de defesa pelos impetrantes, cujas contestações foram exaustivamente analisadas pela Fundação Nacional do Índio - Funai, pela Procuradoria Federal Especializada e pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça.

3. A demarcação das terras pertencentes tradicionalmente aos índios não representa violação de direitos fundamentais dos atuais proprietários particulares dos imóveis. Pelo contrário, significa o devido cumprimento de disposições constitucionais e legais em favor dos antigos ocupantes das terras (CF/88, art. 231 e seguintes; Lei 6.001/73 e Decreto 1.775/96).

4. Conforme parecer apresentado pela Funai, “o fato da cadeia dominial do imóvel não apresentar vícios significa apenas que seus atuais titulares não agiram de má-fé. Isto, porém, não elimina o fato de que os índios foram crescentemente usurpados das terras de ocupação tradicional, sendo forçados a recorrer ao emprego nas fazendas para não deixar romper o vínculo social, histórico e afetivo com os lugares que tinham como

referência de sua vida e de sua unidade como grupo diferenciado”.

5. Segurança denegada.

Conforme o decreto 1.775/96, a Funai tem sessenta dias para analisar as contestações, devendo oferecer seu parecer, encaminhando-o para o ministro de Estado da Justiça.

No entanto, devido ao procedimento de demarcação em si, diversas são as notícias publicadas em jornais ou em outros meios de comunicação mostrando o conflito entre esses dois direitos, e na sua maioria, a questão principal é quanto aos laudos antropológicos, os quais são a base para o procedimento demarcatório.

Por exemplo, o decreto 1.775 em seu artigo 2 estabelece que fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida é que será dado início ao processo de demarcação de terras indígenas. Porém, pode-se indagar se esses laudos antropológicos não sofrem influência de algum meio ou até mesmo se esses laudos não podem ser fraudados.

É por essas e outras indagações que diversos processos envolvendo as demarcações de terras indígenas chegam ao STF para julgamento. Como exemplo, tem-se o recurso ordinário em mandado de segurança de 26.212 do Distrito Federal, no qual a parte autora alega em sua peça recursal que houve o transcurso do prazo demarcatório previsto no artigo 67 do Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e artigo 65 da lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio), ou seja, os cinco anos já explanados anteriormente neste trabalho. Alegou o autor que também houve violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo demarcatório feito pela Funai, pelo fato desta fundação ter negado a produção de demais provas.

No entanto, o ministro Ricardo Lewandowski que julgou este recurso, alegou que é de consolidado entendimento do STF que, como visto anteriormente, o prazo de cinco anos descritos

nos artigos 67 do ADCT e 65 da lei 6.001/73 não é caracterizado como prazo decadencial, e que apenas trata-se de um prazo programático para a conclusão dos trabalhos de demarcação.

Sobre a alegação de violação aos princípios já citados, o ministro se manifestou dizendo que não houve qualquer tipo de violação, tendo em vista que o recorrente teve oportunidade de se manifestar no processo administrativo, apresentando suas razões e que estas foram devidamente reconhecidas pela Funai, porém, a fundação não permitiu a produção de mais provas pelo fato da mesma entender desnecessária.

Do mais, é descrito no recurso ordinário que a parte autora apresentou suas manifestações quanto ao procedimento demarcatório após o prazo de noventa dias da entrega do resumo do relatório da conclusão dos trabalhos de demarcação, ou seja, apresentou sua manifestação fora do prazo previsto no § 8º do artigo 2 do decreto 1.775. E desta forma, o ministro negou o provimento do recurso.

Pode-se ver com base nessa jurisprudência que ao se tratar de procedimento de demarcações de terras indígenas o Estado segue como sendo verdadeiro aquilo que está alegado nos laudos dos antropólogos, não havendo qualquer tipo de investigação para averiguar se houve ou não fraude no processo de estudo prestado pelos servidores da Funai, bem como, muitas vezes haver faltas de critérios, cautelas e possibilidade do proprietário particular de contrariar o referido apresentado e pugnar por uma possível nova perícia, isto é, que seja realizado um novo laudo antropológico. Assim, a administração indireta continua a identificar territórios indígenas pelo país, sob o conceito de ocupação imemorial, em regiões que, de há muito tempo, não são mais consideradas como indígenas.

O jornal A Tribuna do Estado do Espírito Santo afirma em matéria intitulada “Índios desafiam governo de Dilma” publicada na data de quatro de junho de dois mil e treze que:

No diagnóstico do governo sobre a questão de demarcações de terras indígenas, a Funai não tem preparo técnico para decidir sozinha sobre as demarcações nem para administrar conflitos e conduzir negociações com fazendeiros (Índios desafiam governo de Dilma, 2013, 4 de Junho).

Desta forma, cabe a parte lesada, isto é, a parte que está tendo seu território como base para demarcação, buscar a produção de provas para comprovar em curto prazo que o território no qual estão sendo feitos os estudos para uma possível demarcação futura pertence a ele, ao particular, e, não é terra de ocupação tradicional de índio.

Outra questão bastante alegada nos conflitos entre índios e não índios, é que havendo a homologação do território indígena e posteriormente a desapropriação, cabe ao Estado indenizar aquele proprietário de boa-fé pelas benfeitorias realizadas na propriedade, ou seja, o Estado somente faz o pagamento das benfeitorias e não o pagamento dos valores das terras demarcadas. Mello (2014, p. 904) sobre a questão de indenização de benfeitorias leciona que:

Depois de declarada a utilidade pública de um bem pode suceder que nele se realizem benfeitorias.

As benfeitorias necessárias são sempre indenizáveis, as benfeitorias voluptuárias não o serão nunca e as benfeitorias úteis serão indenizadas desde que hajam sido autorizadas pelo poder competente. É o que se depreende o art. 26, § 1º, do Decreto-lei 3.365.

Preleciona Gonçalves (2013) no que tange a diferenciação das espécies de benfeitorias que:

O Código Civil brasileiro considera necessárias as benfeitorias que têm por fim conservar o bem ou evitar que ele se deteriore; *úteis* as que aumentam ou facilitam o uso do bem; e *voluptuárias* as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual

do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor (art. 96).

Entretanto na sua grande maioria, esse pagamento de indenização é feito por meio de títulos da dívida pública, o que sempre causa prejuízo para os desapossados, uma vez que pode demorar muito tempo para se efetivar o pagamento. Neste entendimento, Villares (2009, pp. 136-137) é contundente em afirmar que ainda não há lei que regule o pagamento das benfeitorias que merecem ser indenizadas até os dias atuais, conforme segue:

(...) o procedimento de demarcação instituído pelo Decreto 1.775/96 é falho ao não prever o procedimento para a indenização das benfeitorias, dentro do procedimento de demarcação de terras indígenas. A União encontra enorme dificuldade para efetivar o direito indígena de ter sua terra reconhecida e o direito ocupante de receber sua benfeitoria derivada da ocupação de boa-fé, tanto que tange à questão orçamentária quanto à questão jurídica. Ou seja, não há uma definição legal específica sobre o que são “benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé”, obrigando a Administração a fazer um juízo analógico do conceito de boa-fé presente no direito para aplicá-lo à demarcação de terras indígenas.

Não há, também, previsão do procedimento para a indenização das benfeitorias. O Decreto regulamentador deixa de prever qual deve ser a fase do procedimento em que deve ser realizado o levantamento das ocupações e correlatas benfeitorias, bem como as benfeitorias a serem pagas e em que fase o pagamento deve ocorrer.

(...)

Das quatro expressões utilizadas pela Constituição, apenas a ocupação de boa-fé gera o direito de indenização pelas suas benfeitorias.

Os conflitos podem começar de diversas formas, e serem iniciados até mesmo pelo Estado de forma indireta, ou seja, por causa do prejuízo

causado devido ao não pagamento das indenizações ou demora excessiva para que ocorra. Porém, o mais importante que deve ser feito pelo Estado é a fiscalização de forma mais rigorosa dos laudos feitos pelos antropólogos, para sanar quaisquer dúvidas que possam existir sobre a sua veracidade, evitando-se assim o confronto direto entre os proprietários particulares e os índios.

Desse modo, percebe-se que os limites impostos às propriedades privadas, também podem ser impostos às propriedades demarcadas como território indígena, sendo que para as propriedades demarcadas, as principais limitações estão atreladas a função social da propriedade, e também, à imprescritibilidade, já que as terras pertencentes à União não são passíveis de prazo prescricional e, também não podem ser usucapidas; temos também a impenhorabilidade uma vez que as terras demarcadas como território indígena são bens públicos, não podendo ser penhoradas; e inalienáveis, pois os territórios indígenas não podem ser transferidos para outra pessoa natural ou jurídica.

A questão dos conflitos entre o direito de propriedade particular e indígena chegará ao fim quando houver um basta na demarcação de novas terras indígenas, já que o processo se inicia, em sua maioria, baseado no campo ideológico, histórico, entre outros, e que por muitas vezes são fundados em laudos que podem ter sido manipulados/fraudados, pois, não há uma fiscalização sobre como os mesmos são elaborados, sendo impossível falar (ao menos de imediato) de pacificação desta questão.

Considerações finais

Levando em consideração os aspectos abordados neste trabalho quanto ao direito de propriedade, tanto o do particular, como o dos povos indígenas, bem como, como é feito o procedimento de demarcação dos territórios de usufruto exclusiva dos índios. Os conflitos existentes entre o direito de propriedade e o processo de demarcação de terras indígenas. Os principais limites existentes entre as propriedades particulares e as propriedades cujo proprietário é a União, porém, tem

como possuidores de forma exclusiva os povos nativos do Brasil.

Percebe-se que o procedimento demarcatório baseado na legislação específica vigente no Brasil, contém atos que merecem total atenção das autoridades haja vista que podem ou não serem objeto de possíveis fraudes perpetradas por servidores públicos na realização dos estudos antropológicos que tem por escopo provar que as terras objeto deste procedimento foram de fato terras ocupadas de maneira tradicional pelos índios no passado, constituindo assim, importante ferramenta para evitar injustiça aos atuais proprietários, merecendo mais critério e rigor por parte dos órgãos públicos em sua confecção e, posterior convalidação.

Os conflitos existentes entre o direito de propriedade e o processo de demarcação de terras indígenas estão diretamente atrelados a está possível manipulação no que tange ao procedimento demarcatório, isto é, o órgão encarregado de efetuar tais demarcações não possui, de fato, preparo técnico para sozinho efetuar tal atividade, assim, a possibilidade de fraude dos laudos antropológicos é muito extensa, e por ser assim, muitos particulares, isto é, não índios acabam perdendo seu direito de propriedade previsto na Constituição Federal. E mais, não é só a perda da propriedade em si que gera os diversos conflitos, como visto no presente trabalho, o pagamento da indenização da propriedade expropriada muitas vezes não é feito conforme preleciona a lei, isto é, de forma prévia e justa, levando assim, ao conflito concreto entre os povos indígenas e os particulares.

Por fim, faz-se necessário que se entenda que uma forma de erradicar, ou pelo menos, diminuir os conflitos entre o direito de propriedade indígena e particular, poderia ser havendo menos preocupação com a quantidade de demarcações territoriais e maior concentração nas questões sociais, econômicas e educacionais do povo brasileiro como um todo, pois, dessa forma haverá menos distinção entre os povos indígenas e civilizados, passando a os ver como

um só povo, tratando-os de forma igualitária, fazendo-se com que todos façam parte de uma mesma sociedade civilizada, poderá assim enfim, começar a coibir-se o surgimento desses conflitos na melhor dicção do artigo 5 da Constituição Federal, tratando todos de maneira igualitária.

Referências

- Carvalho, J. S. (2013). *Manual de direito administrativo* (27ª ed.). São Paulo: Atlas.
- Decreto 1.775. (1996). Dispõe sobre procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm
- Di Pietro, M. S. (2012). *Direito administrativo* (25ª ed.). São Paulo: Atlas.
- Fagundes, M. S. (1984). *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. São Paulo: Saraiva.
- Gonçalves, C. R. (2013). *Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas* (8ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Índios desafiam governo de Dilma. (14 de Junho de 2013). *Jornal A Tribuna*, p. 43.
- Lei 6.001. (1973). Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm
- Lei 10.257. (2001). Dispõe sobre Estatuto da Cidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm
- Lei 10.406. (2002). Dispõe sobre Código Civil brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm
- Mello, C. A. (2014). *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- Modalidades de Terras Indígenas: Terras Indígenas. (s. d.). Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>
- Nader, P. (2014). *Curso de direito civil, v. 4: direito das coisas* (6ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Pinto, A. L. T., Wint, M. C. V. S. & Céspedes, L. (2011). *Vade mecum Saraiva* (11ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Silva, J. A. (2003). *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Supremo Tribunal Federal. (1998). Recurso extraordinário 219.983-3/SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=248790>
- Supremo Tribunal Federal. (2009). Petição 3.388/RO. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>
- Supremo Tribunal Federal. (2012). Recurso ordinário em mandado de segurança 26.212. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2500713>
- Superior Tribunal de Justiça. (2006b). Recurso especial 841.246. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=658165&num_registro=200600863432&data=20061123&formato=PDF
- Superior Tribunal de Justiça. (2006a). Mandado de segurança 10.994-DF (2005/0150682-8). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=611473&num_registro=200501506828&data=20060327&formato=PDF
- Superior Tribunal de Justiça. (2010). Mandado de segurança 15.822. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=12873566&num_registro=201001895920&data=20101116
- Villares, L. F. (2009). *Direito e povos indígenas*. Paraná: Juruá.