UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – ProPPEC
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A QUESTÃO DO DIREITO DOS ÍNDIOS SOBRE AS TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM

LORENO WEISSHEIMER

Itajaí (SC) fevereiro de 2016

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – ProPPEC
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A QUESTÃO DO DIREITO DOS ÍNDIOS SOBRE S TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM

LORENO WEISSHERIMER

Dissertação submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia

Itajaí-SC Fevereiro 2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Dr. Marcos Leite Garcia, pela forma atenciosa que conduziu a orientação.

DEDICATÓRIA

À minha esposa Vera, pelo incentivo e colaboração para a realização desse ideal, encorajando-me nesta etapa da vida.

"Os romanos tinham diversas designações para o limite. Limite significa *finis* o que por sua vez significa "final". O alcance do poder do rei e o direito de uso do vizinho terminam no limite. O limite também me lembra do fim de minhas próprias capacidades e possibilidades. Outra palavra latina *limes.* O *limes* é o resultado da demarcação através da medição (*limitatio*). Existem numerosos escritos antigos sobre a medição de terras e terrenos de construção. O limite me mostra o que é meu. Revela a minha medida, o meu limite. A justiça romana se preocupava bastante com a consideração dos limites, desejava que cada um recebesse o que lhe era de direito. A lei protege o limite e dessa forma o ser humano".[1]

"O direito habitará no deserto e a justiça viverá no campo fértil. "O fruto da justiça será a paz; e a obra da justiça proporcionará tranquilidade e segurança eternas. O meu povo viverá em regiões pacíficas, em moradas seguras, em lugares tranquilos de paz e repouso" (Isaías 32.16-18)[2]

[1] GRUN, Anselm; ROBBEN, Ramona. **Estabelecer limites - Respeitar limites**. Segredo para relações interpessoais bem sucedidas. Tradução de Lorena Richter. 3ª ed., Petrópolis: Vozes, 2010, p. 36.
[2] BÍBLIA SAGRADA. Livro de Isaías, capítulo 32, versículos 16 a 18.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 29 de Fevereiro de 2016.

Loreno Weissheimer

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

AgR – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

CC – Código Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores

CNPI – Conselho Nacional de Proteção aos Índios

EC – Emenda Constitucional

FUNAI – Fundação Nacional do Índio

LINDB – Lei de Introdução às Normas Brasileiras

PNX – Parque Nacional do Xingu

RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

SPILTN – Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais

SPI – Serviço de Proteção ao Índio

STF – Supremo Tribunal Federal.

TI – Terra Indígena

ROL DE CATEGORIAS[3]

Direito dos Índios:

Índios: (Indígena/Silvícola/Autóctone/Aborígene)
Segundo Cretella Jr, "o nome correto, para designar as pessoas, encontradas, aqui, em 1500, pelos descobridores, deve ser 'indígena' – vocábulo formado de dois elementos, o primeiro, indu (= endo, de *intus* = de dentro) [...]. Em grego, *entós* = dentro de, no interior de) e o segundo *gena* (=nascer, forma aparentada com 'geno' e 'gigno'). Logo 'indígena' é o ' que nasceu no próprio solo, na própria terra': nativo, o autóctone, o aborígene (= ab e *origene*, desde a origem). [...] O termo índio, significado este 'oriundo da Índia', designação advinda do erro do navegador genovês Cristóvão Colombo que, ao aportar na ilha de Guanaani, julgou ter chegado às Índias. [...] Ainda em meados do século dezesseis, o equívoco foi desfeito, mas o nome índio foi incorporado ao vocabulário de várias línguas para designar os primitivos habitantes da era pré-colombiana, encontradas no Novo Mundo pelos portugueses e espanhóis"[4]. José Afonso da Silva assinala que a CRFB assumiu a concepção que leva em conta o sentimento de pertencimento do índio a uma comunidade indígena, é esse pertencimento que identifica o índio, isto é, "é índio quem se sente índio"[5].

Indigenato: Conforme José Afonso da Silva[6], um instituto jurídico luso-brasileiro, tendo origem nos tempos do Brasil Colônia, mais especificamente com o alvará Régio de 1º de abril de 1680: que declarava os índios senhores de "seus domínios e os desaldeados [...] agraciados com lugares convenientes para lavrarem e

---

[3] "Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia". (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. p. 45).
[4] CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988** Vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 4553.
[5] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 8. ed. atual. Até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores. 2012. p. 887.
[6] SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelo índios. In: **Os direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor. Ano 1993. p. 48.

cultivarem, numa ideia clara de integração do índio à sociedade não índia de maneira pacífica e liberta"[7].

Minoria Étnica: Em geral, para conceituar minoria étnica, são identificados três elementos objetivos: o diferenciador, o quantitativo e o de não-dominância[8]. Etnia pode ser compreendida como uma coletividade que possui uma identidade própria que a une através da comunidade da língua, história, tradições, cultura e, em alguns casos, espaço próprio, sublinhando-se que se trata de uma realidade, sobretudo, de natureza cultural[9]. É, então, possível dizer que cultura é o principal elemento que caracteriza a etnia, e se manifesta por meio de tradições, língua e religião. A noção de minoria étnica, ou grupos minoritários, surge diante da identidade cultural coletiva que une as pessoas que compõem esses grupos[10].

Terras Indígenas: Conforme art.231, § 1º: "São as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições[11].

Reserva Indígena: Segundo o art. 12, da Lei 601, de 1850 (Lei de Terras) era atribuição do Governo Imperial a "reserva" de terras para ocupação indígena e o Título VI, *Das terras reservadas,* art. 72, do Decreto nº 1368, de 30 de janeiro de 1854: "Serão reservadas terras devolutas para *colonisação*, e aldeamento de indígenas nos *districtos*, onde existirem hordas selvagens"[12]. A partir da Constituição

---

[7] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 99.
[8] WEISSHEIMER, Loreno; UBA, André Emiliano. Globalização e tutela das minorias étnicas. In. OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio (organizadores). As trajetórias multidimensionais da globalização [recurso eletrônico]. Itajaí: Univali, 2014. p.111.
[9] ECHAUDEMAISON, Claude-Danièle (coord.). Dicionário de Economia e Ciências Sociais. Porto: Porto Editora, 2001, p. 149.
[10] COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 577.
[11] BRASIL. Constituição (1988). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1988.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. VII, 2001. p. 206.
[12] BRASIL. **Decreto nº 1368**, de 30 de janeiro de 1854. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM1318.htm>. Acesso em jan. 2016.

da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, até a Constituição de 1967, a reserva de terras de ocupação indígena era obra dos Estados em entendimento com Serviço de Proteção do Índio – SPI. Já que a Constituição de 1891 atribuiu aos estados às terras devolutas, consoante seu art. 64, passando estes Entes da Federação a cumprir o estabelecido no art. 12, da Lei nº de 1850[13].

Terras devolutas: Conceito definido a partir do art. 3º da Lei 601, de 1850, são as terras que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal. “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”[14]. Atualmente as terra devolutas são bens da União e dos Estados, conforme artigo 20, inciso II e artigo 26 inciso IV, da CRFB.

Bens da União: São os bens do domínio da União, que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos, constantes do Rol do art. 20, incisos I a XI, da CRFB.

Demarcação de Terra Indígena: Atribuição da União, que realiza essa atividade através da FUNAI, em conformidade do procedimento administrativo previsto pelo decreto 1.775, de 1976, compreendendo a identificação, delimitação e demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e, ao final, procede a inscrição no registro público de imóveis como Terra Indígena, bem público da União Federal.

Posse indígena: Ocupação da terra conforme os usos, costumes e tradições indígenas.

Propriedade Privada: São aquelas terras que pertencem a um ou mais particulares, da qual o Estado, inclusive, presta tutela. Privado (a): “qualidade do que é próprio, qualidade especial, caráter, emprego apropriado de linguagem, coisa possuída,

[13]http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm.
[14] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 457

prédio, fazenda, bem (móvel ou imóvel).”[15]

Ato jurídico perfeito: A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, em seu art. 6.º, § 1.º reputa: “ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.[16] Todo ato fato ou negócio jurídico tendente a constituir, adquirir, extinguir, modificar direitos, requer sujeito capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não vedada pela lei.

Direito adquirido: A lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), declara que “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (art. 6.º, § 2.º)[17] Aquele direito da esfera jurídica da pessoa que se incorporou ao seu patrimônio de acordo com as regras jurídicas vigentes.

Tradicionalidade: A tradicionalidade é a forma de ocupação indígena de acordo com seus usos costumes e tradições[18].

Atualidade da ocupação: é o momento em que se confere a existência da posse tradicional indígena. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.[19]

---

[15] BUENO, Silveira. **Silveira Bueno**: minidicionário da língua portuguesa. ed. rev. e atual. São Paulo: FTD, 2000. p. 630.
[16] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 8. ed. atual. Até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores. p. 137.
[17] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 8. ed. atual. Até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores. p. 136.
[18] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível e Reexame Necessário nº 5001335-13.2012.404.7012**. Relator: Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior. Porto Alegre, 26 de junho de 2015. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7599684>. Acesso em: 10 ago. 2015.
[19] BRASIL, STF. **Pet 3388 / RR** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388%2ENUME%2E+OU+

Imemorialidade: Ocupação permanente que passa de geração em geração: “a. que as terras sejam tradicionalmente ocupadas, o que quer dizer, passando sucessivamente de geração a geração, de pai a filho, depois a neto, bisneto tetraneto, e b. que a ocupação seja em caráter permanente, sem interrupção. A ocupação tradicional, milenar e o caráter permanente da ocupação transformam a pose em domínio, sem a necessidade de qualquer outro requisito.”[20].

3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2hxog9**.** Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

[20] CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988** Vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 4566.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 18
CAPÍTULO 1 23
1 O TRATAMENTO DO DIREITO DOS ÍNDIOS SOBRE AS TERRAS NO PERÍODO DO BRASIL COLONIAL E IMPÉRIO 23
1.1 EXPANSÃO COLONIALISTA EUROPEIA E O BRASIL COLÔNIA 24
1.1.1 A Controvérsia de Valladolid 28
1.1.2 A situação no Brasil Colônia 34
1.2 BRASIL IMPÉRIO E A CONSTITUIÇÃO DE 1824 41
1.2.1 Lei de Terras (Lei nº 601 de 1850) 47
CAPÍTULO 2 55
2 A RESERVA DE TERRAS PARA OCUPAÇÃO INDÍGENA E A PROTEÇÃO DA POSSE 55
2.1 O BRASIL REPÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891) 55
2.1.1 A Criação e a Autonomia dos Estados (Constituição de 1891) 57
2.1.2 O Serviço de Proteção ao Índio (SPI) 58
2.2 AS CONSTITUIÇÕES ANTECEDENTES ATÉ A CONSTITUIÇÃO DE 1988 64
2.3 A CRIAÇÃO DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI) 71
2.4 O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE IDENTIFICAÇÃO E DEMARCAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS 77
2.4.1 Benfeitorias 87
2.5 A TERRA INDÍGENA COMO BEM PÚBLICO DE PROPRIEDADE DA UNIÃO FEDERAL 90
CAPÍTULO 3 95
3 O DIREITO DOS ÍNDIOS SOBRE AS TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E ANÁLISE DE CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS 95

3.1 ANÁLISE DE CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS.....95
3.1.1 Constituição Paraguaia – 1992.....97
3.1.2 Constituição Colombiana - 1992.....98
3.1.3 Constituição Argentina - 1994.....99
3.1.4 Constituição Venezuelana - 1999.....100
3.1.5 A Constituição do Equador - 2008.....102
3.1.6 Constituição Boliviana - 2009.....104
3.2 O DIREITO DOS ÍNDIOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 5 DE OUTUBRO DE 1988 - CRFB.....106
3.2.1 O usufruto dos bens naturais.....110
3.2.2 O Direito dos Índios como minorias étnicas.....117
3.2.3 O direito dos índios sobre às terras que tradicionalmente ocupam como um dado fático a partir da posse Indígena sob a perspectiva da originariedade, da tradicionalidade e da atualidade da ocupação.....120
3.2.4 A Garantia ao direito à propriedade privada frente ao preceito constitucional que prevê a Nulidade dos Títulos das Terras ocupadas pelos Índios.....126
3.2.4.1 Nulidade dos Títulos das Terras ocupadas pelos Índios.....131
3.2.5 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Feral – STF quanto ao Tema – Terras Indígenas.....132
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....147
REFERÊNCIAS.....151

RESUMO

WEISSHEIMER, Loreno. A questão do Direito dos Índios sobre as Terras que tradicionalmente ocupam. 2016. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade do Vale do Itajaí / SC.

A presente Dissertação foi inserida na linha de pesquisa Fundamentos do Direito, com a área de concentração em Constitucionalismo e Produção do Direito. As ferramentas utilizadas para o desenvolvimento do trabalho foram a pesquisa bibliográfica e os julgados dos tribunais, tendo como método principal o indutivo. A pesquisa analisou as discussões doutrinárias, filosóficas, religiosas e jurídicas como o debate da Junta de Valladolid, no tratamento dado pelos europeus, notadamente Espanha e Portugal, aos povos indígenas encontrados nas terras descobertas do Novo Mundo. Discorreu-se sobre o tratamento dado aos povos indígenas e as legislações editadas durante o período do Brasil Colônia, passando pelo Império e República. Constatou-se que a partir da Constituição de 1891 as terras devolutas passaram a pertencer aos estados por força do artigo 64 dessa Constituição; nesse período coube a esses reservar terras para ocupação indígena, em cumprimento ao estabelecido no artigo 12 da Lei de 601, de 1850. Época em que também foi criado o Serviço de Proteção ao Índio – SPI. Tratou-se do respeito à posse a partir das constituições de 1934 até a Constituição de 1946. A evolução do direito dos índios sobre as terras ocupadas na Constituição de 1967, que definiu essas, como bens da União. A Emenda Constitucional - EC nº 1 de 1969, que determinou a inalienabilidade dessas terras, nos termos que a lei federal determinar e a declaração da nulidade e a extinção de efeitos jurídicos dos títulos que tenham por objeto a posse ou ocupação das terras habitadas por silvícolas. Ainda analisou-se a criação da Fundação Nacional do Índio – FUNAI em substituição ao SPI, com competência para a demarcação de terras ocupadas pelos índios. Fez-se também um estudo do procedimento administrativo previsto no decreto 1775 (8/01/1986) e verificou-se a existência de lacunas o que compromete a ampla defesa e o contraditório caso não seja observada a Lei Federal 9784, de 1999. Na sequência foi realizado um estudo do direito comparando alguns países da América Latina que possuem populações autóctones em seus territórios. Em conclusão, analisou-se a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, quanto ao alcance do direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupam.

Palavras-chave: Bens da União; Índios; Direitos; Terras que tradicionalmente ocupam.

ZUSAMMENFASSUNG:

WEISSHEIMER, Loreno. Die Streitfrage um das Recht der Indianer auf Grundstücke, die sie traditiosgemäß besetzen. 2016. Masterarbeit (Magister in Rechtswissenschaften). Universidade do Vale do Itajaí / SC.

Diese Masterarbeit wurde in die Forschungslinie Grundlage des Rechts eingesetzt, mit Konzentration auf den Bereich Konstitutionalismus und Rechtsproduktion. Die Werkzeuge, die für die Entwicklung der Arbeit verwendet wurden, waren die Literatur und von Gerichten Verurteilten. Die Hauptmethode ist die Induktive. Die Forschung untersuchte die Lehrgespräche, philosophische, religiöse und rechtliche Debatte, wie der Rat Valladolid, in der Behandlung, die die Europäer, vor allem Spanien und Portugal, den Indianer, Völker, die in den Ländern der Neuen Welt entdeckt wurden, gegeben haben. Wir redeten über die Behandlung der Indianer, und die Gesetze, die während der Zeit des Brasil Colônia bis hin zum Reich und zur Republik erlassen wurden. Es wurde festgestellt, dass ab der Verfassung von 1891, die unbesetzten Gründstücke den Bundesländern gehören. Das nach Artikel 64 dieser Verfassung. In dieser Zeit waren diese zuständig, um die Grundstücke für die Indianerbesetzung zu reservieren. All das in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Artikels 12 des Gesetzes 601, von 1850. Zu diesem Zeitpunkt wurde auch ein Schutzdienst für die Indianer, der Serviço de Proteção ao Índio (SPI), gegründet. Auch die Berücksichtigung des Besitzens anhand der Verfassung von 1934 bis zu der Verfassung von 1946 wurde behandelt. Die Entwicklung des Rechts der Indianer auf die besetzten Grundstücke in der Verfassung von 1967, die diese als Staatsvermögen bestimmte. Die Verfassungsänderung EC nº. 1 von 1969, die zur Entfremdung dieser Grundstücke nach Bundesrecht führte, um die Ungültigkeit und die Beendigung der Rechtswirkungen der Titel, deren Gegenstand den Besitz oder Besetzung der Grundstücke, von den Indianern bewohnt, zu bestimmen. Die Gründung der nationale Stiftung der Indianer – FUNAI, als Ersatz zu SPI und mit Befugnis, die von Indianern besetzten Grundstücke abzugrenzen, wurde analysiert. Ebenso wurde das Verwaltungsverfahren in der Gesetzesverordnung 1775(08.01.1996) untersucht. Dabei wurde festgestellt, dass es Gesetzeslücke gibt, die die vollständige Rechtsverteidigung und die Widersprüche beeinträchtigen, falls das Bundesgesetz 9784, vom Jahr 1999 nicht beachtet wird. In Folge führten wir eine Studie der Rechtsvergleichung von einigen lateinamerikanischen Ländern, die in ihren Gebieten indigene Völker haben. Abschließend analysierten wir die Lehre und Rechtsprechung des Obersten Gerichthofes - STF, in Bezug auf den Umfang des Rechts der Indianer zu den Grundstücken, die sie traditionsgemäß besetzen.

Stichwort: Staatsvermögen, Rechte der Indianer; Gründstücke, die sie traditionell besetzen.

INTRODUÇÃO

Erro de Português

Quando o português chegou
Debaixo de uma bruta chuva
Vestiu o índio
Que pena!
Fosse uma manhã de sol
O índio tinha despido
O português.

(Oswald de Andrade)

A expansão da Europa sobre terras americanas e brasileiras trouxe profundas mudanças, não só a esse 'Novo Mundo', mas também alterou substancialmente o desenvolvimento europeu. No século XVI a Europa deu início a mudanças inclusive seu modo de produção o que culminou com a revolução francesa, que "constitui" os Estados e o Direito Contemporâneo.

Não obstante, o direito dos índios sobre as terras não tenha sido mencionado nas primeiras constituições brasileiras (1824;1891), todavia foi objeto de preocupação do legislador infraconstitucional, como verifica-se na Lei do Império n.º 601, de 1850. Com o advento da República as terras devolutas passaram a pertencer aos Estados, assim a incumbência de reservar terras para a ocupação indígena dependia de ato dessas unidades da federação.

O presente trabalho aborda a questão tendo como marco temporal a promulgação da Constituição de 1988, decidiu a Suprema Corte, no julgamento da Petição nº 3.388/RR[21]; e usará o vocábulo índios ou indígena no decorrer do texto, usando silvícolas quando os autores mencionados assim o fizerem. Na doutrina também encontram-se importantes comentários quanto à extensão do direito dos índios sobre às terras que ocupam, conforme previsto no Art. 231 da

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388/RR. Requerente: Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 30 mar. 2009. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>. Acesso em: 14 maio de 2012.

Constituição Federal de 1988.

As terras indígenas acabam por tornar-se uma questão de estado. Conforme dados da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), atualmente existem cerca de 225 sociedades indígenas; dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística contabilizam uma população indígena de “896 mil pessoas que se declaravam ou se consideravam indígenas, 572 mil ou 63,8 %, viviam na área rural e 517 mil, ou 57,5 %, moravam em Terras Indígenas oficialmente reconhecidas”[22]. Em relação às terras indígenas, constata-se no site da FUNAI, que “atualmente existem 462 terras indígenas regularizadas que representam cerca de 12,2% do território nacional, localizadas em todos os biomas, com concentração na Amazônia Legal”[23]

Apresenta-se, então, no presente trabalho, uma análise da questão do direito dos índios sobre às terras que tradicionalmente ocupam, fundamentada na Constituição Federal, Doutrina e Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF. Tem como objetivo a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas da UNIVALI e servir de contribuição para definir com maior precisão o Direito dos Índios sobre às Terras que Tradicionalmente ocupam, como a extensão e forma de ocupação, seu marco temporal, bem como, analisar o alcance do direito da posse indígena frente ao direito à propriedade privada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Analisar as Constituições Brasileiras e a legislação infraconstitucional, a doutrina e a jurisprudência quanto ao tema.

A pesquisa investigará os fundamentos constitucionais e legais quanto ao limite temporal da ocupação indígena, a forma da posse, o processo de identificação, delimitação e demarcação da terra, pela União Federal.

Será demonstrado como a proteção dos direitos dos índios sobre às terras, sofreu mudanças nas Constituições e na legislação infraconstitucional brasileira, que se iniciou através de reserva de terras para ocupação indígena, dependente de um ato do Poder Público, até o reconhecimento de uma realidade, ou seja a proteção do direito sobre às terras tradicionalmente

[22] http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf, acesso em 10 de maio de 2015.
[23] http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf, acesso em 10 de maio de 2015.

ocupadas pelos índios.

Ainda se fará a análise das disposições Constitucionais e infraconstitucionais que garantem o direito à propriedade e a justa indenização para os casos de desapropriação.

As hipóteses que norteiam esta dissertação e a pesquisa bibliográfica realizada é de que a análise dos fundamentos constitucionais, doutrinários e jurisprudenciais deverão se harmonizar com os conceitos de propriedade privada e o direito à justa indenização para o caso de desapropriação, direta ou indireta, pelo Poder Público. Valendo-se dos conceitos de “Terra Indígena”, que encontram fundamentos na ocupação tradicional, atual e imemorial indígena.

As Constituições Brasileiras de 1824; 1891; 1934; 1937; 1946; 1967; 1969 e especialmente a Constituição Federal de 1988, notadamente seu Art. 231. A legislação infraconstitucional, especialmente o Código Civil a Lei 601, de 1850 e o Estatuto do Índio serão aqui objeto de estudo, bem como a Doutrina Constitucional quanto aos temas: Direitos Fundamentais, Ampla Defesa, Direito à Propriedade Privada e o Direito dos Índios sobre às Terras que Tradicionalmente Ocupam.

Inobstante os julgados do Supremo Tribunal Federal, ainda há grande incerteza quanto aos atos da União Federal, da Fundação Nacional do Índio - FUNAI e do Ministério da Justiça, quanto ao procedimento (processo administrativo) de identificação e demarcação de terras indígenas, assim com a falta de clareza sobre a real extensão do Art. 231 da Constituição Federal de 1988.

Como objetivo da pesquisa que ora se apresenta é o estudo do direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, com fundamento na Constituição Federal, Doutrina e Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF; tendo como finalidade servir de contribuição para definir com maior precisão o alcance desse direito, como seus pressupostos (a extensão e forma de ocupação, seu marco temporal), bem como, analisar o alcance do direito da posse indígena frente ao direito à propriedade privada, o

direito adquirido e o ato jurídico perfeito. E, concomitantemente, apresentar estudo das constituições brasileiras no que se refere ao direito dos índios sobre terras; analisar as definições de tradicionalidade, atualidade, imemorialidade, a fim de esclarecer o alcance do direito dos índios sobre as terras que ocupam; esclarecer a interpretação do direito da posse indígena frente ao direito à propriedade privada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito e colacionar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, sobre o tema.

Como método de abordagem dos conteúdos, propõe-se a utilização do método indutivo na investigação e na fase de tratamento dos dados o indutivo.

O primeiro capítulo versará sobre a expansão colonialista europeia, que tem seu início nas décadas que antecedem o ano de 1500, quando se dá a chegada das naus portuguesas em terras brasileiras. Passando por controvérsias como a de Valladolid, acerca da legitimidade das conquistas no Novo Mundo. Debates que se tornaram conhecidos como o início do Direito Internacional.

Analisar-se-á o tratamento legal dado à questão fundiária – as capitanias hereditárias, a concessão de sesmarias e a reserva de terras para a ocupação indígena nas primeiras leis, decretos do Brasil Colônia, passando pelo Império até a proclamação da República. E a transversalidade da questão da terra nas diferentes constituições e a importância da Lei de Terra de 1850, lei que, nesse período se impõe como referência.

O segundo capítulo abordará o direito dos povos indígenas sobre as terras que ocupam sob a perspectiva constitucional contemporânea da posse indígena; tendo em vista as constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e da Emenda Constitucional n.° 1 de 1969, a Criação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI); o procedimento administrativo de identificação e demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a terra indígena como bem público de propriedade da União Federal. Além da perspectiva constitucional, verificar-se-á o tratamento conferido pelo legislador ordinário e complementar às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios; e a terra indígena sob a ótica da titularidade de sua propriedade pela União.

O terceiro capítulo se ocupará em analisar o direito dos povos indígenas sobre as terras que ocupam sob a perspectiva constitucional contemporânea, através de um estudo de direito comparado, notadamente de alguns países da América Latina e da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. O direito dos índios é definido como um dado fático a partir da posse Indígena sob a perspectiva da originariedade, da tradicionalidade e da atualidade da ocupação.

Seguindo-se com uma breve análise do direito de propriedade e a sua limitação frente ao preceito constitucional que prevê a nulidade dos títulos incidentes sobre a Terra Indígena. A delimitação e o alcance do direito dos índios sobre às terras que tradicionalmente ocupam e a posse e titularidade por não-índios. Ao final, analisar-se-á a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, quanto ao direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

CAPÍTULO 1

1 O TRATAMENTO DO DIREITO DOS ÍNDIOS SOBRE AS TERRAS NO PERÍODO DO BRASIL COLONIAL E IMPÉRIO

Neste capítulo, analisar-se-á a expansão colonialista europeia, iniciada nas décadas que antecederam o ano de 1500, quando ocorreu a chegada das naus portuguesas em terras brasileiras. A busca por uma alternativa à conhecida rota pelo oriente para alcançar as Índias foi uma das motivações preponderantes para as coroas europeias investirem nas navegações.

Por meio do debate de Valladolid, controvérsias surgiram acerca da legitimidade das conquistas em terras do Novo Mundo e da legalidade da escravização dos povos encontrados. Esses debates se tornaram conhecidos como importante contribuição para as bases do Direito Internacional e dos Direitos Humanos.

O tratamento legal dado à questão fundiária no Brasil Colônia envolvia inúmeros fatores, tais como: as capitanias hereditárias, a concessão de sesmarias e a reserva de terras para a ocupação indígena, as primeiras leis e primeiros decretos do Brasil Colônia.

Assim, é essencial analisar a transversalidade da questão da terra nas diferentes constituições e, também, a importância da Lei de Terras de 1850, esta que, nesse período, se impôs como referência, por apresentar novos critérios com relação aos direitos e deveres dos proprietários de terra.

Por conseguinte, faz-se necessária a análise do arcabouço jurídico que envolve o direito territorial bem como a proteção dos povos indígenas; para isso, consideram-se as polêmicas, as disputas judiciais e doutrinárias relacionadas à demarcação das terras e ao reconhecimento dos direitos indígenas.

1.1 EXPANSÃO COLONIALISTA EUROPEIA E O BRASIL COLÔNIA

A narrativa sobre a expansão colonialista europeia não começa com a chegada dos navegadores ao Novo Mundo. Retrocedendo alguns anos, pode-se compreender uma parte dos motivos que levou as monarquias europeias a investirem nesses empreendimentos transatlânticos: resolver o problema da rota até as Índias – "território que, na linguagem da época, englobava toda a Ásia"[24].

O comércio europeu dependia, em grande parte, da rota oriental para a aquisição de especiarias existentes nos territórios da Índia, da China, do Japão, da Indonésia e das ilhas do mar Índico. O conhecido caminho pelo leste – cruzando o Mar Mediterrâneo e o Oriente Médio –, foi dominado por árabes e turcos islâmicos no ano de 1453, com a tomada de Constantinopla[25]. O fato de os árabes e turcos terem impedido os europeus de navegarem pela costumeira rota para as índias significou um grande golpe para a economia europeia.

Os espanhóis – a rainha Isabel e o rei Fernando, do reino de Castela e Aragão, denominados de reis católicos, título que lhes foi outorgado pelo Papa Alexandre VI[26] –, após terem conseguido o intento de expulsar os mouros de seus territórios, decidiram, em 1492, apoiar a viagem do genovês Cristóvão Colombo. Este almejava testar sua hipótese da existência de uma rota pelo ocidente[27]. Um caminho viável, contudo, longo, difícil e economicamente nada vantajoso, como assegura Bóris Fausto[28]. E, no mês de outubro do mesmo ano, Colombo, em sua viagem através do Oceano Atlântico, chegou não às Índias, mas às Antilhas, levando a bandeira espanhola.

Anteriores aos espanhóis em projetos de navegação, os portugueses já no ano de 1415, com Bartolomeu Dias e Vasco da Gama, haviam se adiantado, em relação aos demais países europeus, na exploração

---

[24] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 10.
[25] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 10.
[26] GUARACY, Thales. **A Conquista do Brasil**: como um caçador de homens, um padre gago e um exército exterminador transformaram a terra inóspita dos primeiros viajantes no maior país da América Latina. São Paulo: Planeta, 2015. p. 138.
[27] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 10.
[28] FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013. p. 40.

da costa africana[29]. Por essa precocidade portuguesa e por haverem negado apoio às investidas de Colombo, acabaram por despertar suspeitas de que "[...] já soubessem que as Índias não estavam próximas à Europa, como se acreditava"[30].

Com novos territórios sendo conquistados surgiu uma importante questão: a quem pertenciam as novas terras? Conforme tradição da época – por ocasião das Cruzadas –, era o Papa, a pessoa competente para outorgar os títulos de propriedade sobre as novas terras, acreditava-se que o poder papal era concedido pelo próprio Deus[31]. Conforme assinala o antropólogo Darcy Ribeiro, ainda com os olhos voltados para a África, o poder papal estabeleceu normas básicas para a ação colonizadora – as novas cruzadas que se lançavam contra pagãos e inocentes. A bula *Romanus Pontifex,* de 8 de janeiro de 1454, do Papa Nicolau V, estabeleceu:

> concedemos ao dito rei Afonso a plena e livre faculdade, entre outras, de invadir, conquistar, subjugar a quaisquer [...] pagãos, inimigos de Cristo, suas terras e bens, a todos reduzir à servidão, e tudo praticar em utilidade própria e dos seus descendentes. Tudo declaramos pertencer de direito in perpetuum aos mesmos d. Afonso e seus sucessores, e ao infante[32].

Mais tarde surgiu a bula *Inter Coetera,* de 4 de maio de 1493, pouco depois da chegada de Colombo às Antilhas, "quase nas mesmas palavras da bula anterior –, que também o Novo Mundo era legitimamente possuível por Espanha e Portugal, e seus povos também escravizáveis por quem os subjugasse"[33].

Foi sob a intermediação do Papa Alexandre VI, que espanhóis e portugueses negociaram as terras do Novo Mundo – incluindo as, ainda a serem encontradas resultando essa negociação, no Tratado de Tordesilhas, de 7 de junho de1494[34]. Esse tratado foi um traçado artificial que coloca "[...] um

---

[29] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 10
[30] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 10.
[31] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 98.
[32] RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil.** São Paulo: Companhia das letras, 1995. p. 39.
[33] RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil.** São Paulo: Companhia das letras, 1995. p. 40.
[34] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 13.

limite de 370 léguas (1.770 km) a Oeste das ilhas do Cabo Verde, sendo que as terras a Oeste pertenciam ao Reino de Castela e Aragão e a Leste ao reino de Portugal"[35]. Os portugueses, no entanto, pretendiam "[...] ampliar o meridiano muito além das Ilhas do Atlântico (Açores), que já lhe pertenciam"[36]. Tal insistência "[...] e outras menções a esse assunto em documentos contemporâneos convencem muitos historiadores de que os portugueses já sabiam da existência do Brasil e tinham interesse em suas potencialidades sociais e econômicas"[37]. A suspeita pareceu confirmar-se por intermédio do legendário João Ramalho, que, segundo o frei Gaspar da Madre de Deus, chegara ao Brasil antes mesmo de Pedro Álvares Cabral, tendo fugido ou sido abandonado por uma nau no litoral[38].

Em 1500, Cabral, em nome da coroa portuguesa, visando alcançar as fontes originais das especiarias e estreitar relações diplomáticas, empreendeu uma grande viagem. Segundo a historiadora Laima Mesgravis[39], nessa viagem aconteceu um desvio de rota a partir da costa africana, possivelmente da região da Guiné. Cabral e suas naus chegaram, em abril de 1500, a uma terra que julgou ser uma ilha[40]. Não houve qualquer constrangimento em colocar um marco português no local que batizaram de Porto Seguro, foi realizada a primeira missa para definir a posse com a bênção da Igreja. Em seguida, retomaram o rumo para as Índias.

Considerando, a hipótese, de um desvio de rota planejado, os portugueses já tinham conhecimento da existência da terra posteriormente denominada "Terra dos Papagaios"[41], "Ilha de Vera Cruz"[42], passando para o nome de "Terra de Santa Cruz"[43], porque em 1505, tomaram conhecimento de que se tratava, não de uma ilha, mas de um território maior. A lenda medieval a

---

[35] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 98.
[36] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 12.
[37] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 14.
[38] GUARACY, Thales. **A Conquista do Brasil**: Como um caçador de homens, um padre gago e um exército exterminador transformaram a terra inóspita dos primeiros viajantes no maior país da América Latina. São Paulo: Planeta, 2015. p. 30.
[39] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 15.
[40] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 14.
[41] GUARACY, Thales. **A conquista do Brasil**: Como um caçador de homens, um padre gago e um exército exterminador transformaram a terra inóspita dos primeiros viajantes no maior país da América Latina. São Paulo: Planeta, 2015. p.30.
[42] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 12.
[43] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 12.

respeito de uma ilha descoberta por São Brandão, e chamada de “Brasil”, alimentou o imaginário português e a ilha lendária passou a ser relacionada à descoberta das terras feita por Cabral[44]. A descoberta da árvore de madeira avermelhada, que passou a ser conhecida como pau-brasil, consagrou o nome “Brasil” no imaginário popular europeu[45]. Mesgravis assinala que o nome Brasil aparece em mapas já a partir de 1514[46].

Em relação à população indígena encontrada pelos portugueses, Bóris Fausto[47] assinala que é possível distinguir dois grandes grupos aqui encontrados pelos portugueses: os tupis-guaranis e os tapuias. Sobre os primeiros contatos entre europeus e povos indígenas há informações somente através dos registros dos cronistas que acompanhavam os navegadores. Américo Vespúcio, por exemplo, descreveu os encontros com os indígenas como fraternais[48]. Pero Vaz de Caminha escreveu, para a Coroa Portuguesa, elogiando a beleza, a limpeza e a saúde dos índios [49] e as belezas da terra:

> Esta terra, senhor, parece-me que, da ponta que mais contra o sul vimos, até a outra ponta que contra o norte vem, de que nós deste porto houvemos vista, será tamanha que haverá nela bem vinte ou vinte e cinco léguas de costa. Traz, ao longo do mar, em algumas partes grandes barreiras, umas vermelhas, e outras brancas; e a terra de cima toda chã e muito cheia de grandes arvoredos. De ponta a ponta, é tudo praia-palma, muito chã e muito formosa. Pelo sertão nos pareceu, vista do mar, muito grande; porque a estender olhos, não podíamos ver senão terra e arvoredos – terra que nos parecia muito extensa[50].

Da mesma forma, sobre sua chegada às Antilhas, Colombo fez relatos aos reis de Castela e Aragão:

> Certifico a Vossa Alteza que, em nenhuma parte de Castela, se colocaria tanto cuidado em todas as coisas, a

[44] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 12.
[45] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 12.
[46] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 12.
[47] FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013. p. 35.
[48] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1. ed., (ano 1998), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 29.
[49] SOUZA FILHO, 2009. p. 29.
[50] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 14.

> ponto de poder dizer que não faltou sequer uma agulha que fosse. [...] Acredito que não exista no mundo melhor gente e melhor terra. [...] Este reconhecimento, porém, não o impediu de levar alguns índios para a Espanha, para mostrar na Corte e servir de escravos[51].

Em outra carta, datada de 16 de dezembro de 1492, no entanto, Colombo descreve aos seus patrocinadores uma lógica para uma exploração da força de trabalho indígena:

> Eles não possuem armas e andam completamente nus. Não têm nenhum conhecimento da arte da guerra e são a tal ponto covardes que mil deles não ousariam resistir com pé firme a três dos nossos homens. Vê-se, pois, que eles estão aptos para que os comandemos e os façamos trabalhar, semear e fazer tudo o que julgarmos útil... Eles poderão construir cidades e se habituar a se vestir e a se comportar como nós[52].

Enquanto os espanhóis não hesitavam em chamar de conquista a chegada às novas terras. Os portugueses, por outro lado, usavam o termo “achamento” ou “descobrimento”[53]. Essa diferença na conceituação foi reflexo, não apenas, de um estado de espírito, mas da realidade de confronto entre os dois reinos. Contudo, o que eles tinham em comum era a ideia de expansão de suas fronteiras, inclusive, as agrícolas, pois a chegada ao Novo Mundo foi seguida pela extração das riquezas[54].

1.1.1 A Controvérsia de Valladolid

Debates acalorados entre clérigos e juristas foram realizados na Espanha do século XVI, em busca de justificação para legitimar as conquistas:

---

[51] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1. ed., (ano 1998), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 29.
[52] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das Minorias e dos Povos Autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. p. 112.
[53] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1. ed., (ano 1998), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 29.
[54] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Pireito**. 1. ed., (ano 1998), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 33.

> Esses debates não permaneceram circunscritos a um círculo de intelectuais. O poder real, já inquieto com uma opinião nacional e, sobretudo, internacional nascente, estimulou, ele próprio, esses debates, organizando, em diversas ocasiões, controvérsias públicas na tradição escolástica[55].

A Junta de Valladolid, em 1550, foi um debate doutrinário de grande repercussão[56]. Considerar os indígenas entes desprezíveis e cheios de perversidade era um caminho para garantir a legalidade da exploração e escravização:

> A solução mais simples era compará-los aos infiéis. Desde que se levou em conta que "esses selvagens" não eram os habitantes das Índias, foi posto o problema das origens. Os índios não poderiam ter escapado do plano de Deus e aos que ensinavam a história santa. Daí a ideia de que índios eram descendentes de dez tribos perdidas de Israel. Os índios eram judeus, e, portanto, era legítimo aplicar a eles a sorte reservada aos infiéis. Mesmo que essa tese estranha tenha subsistido até o século XVII para alguns autores, ela foi abandonada pelos mais lúcidos. Considerando as proibições que atingiam todas as relações entre cristãos e judeus, a colonização teria sido impossível se tivesse persistido nessa comparação[57].

A doutrina da Igreja Católica apoiava-se nos argumentos de Tomás de Aquino, conforme sua "Suma Teológica, *Secunda Secundae, questio* 66"[58], para quem os bárbaros eram naturalmente escravos[59], mas não validava a guerra justa contra pagãos, pois, sendo pagãos, não haviam tido contato com a cristianização. Não havendo, por isso, "[...] justa causa de guerra contra eles;

---

[55] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das Minorias e dos Povos Autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. p. 116.
[56] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das Minorias e dos Povos Autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. p. 116.
[57] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das Minorias e dos Povos Autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. p. 118.
[58] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das Minorias e dos Povos Autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. p. 117.
[59] GUTIÉRREZ, Jorge Luís. A controvérsia de Valladolid (1550): Aristóteles, os índios e a guerra justa. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 223-235, mar./abr./maio. 2014. p. 224.

apenas a predicação e a persuasão poderiam ser empregadas para convertê-los"[60]. Contudo, rapidamente foram constituídos argumentos para uma guerra justa; afinal, "[...] mesmo que devidamente 'exortados', os índios permaneciam surdos ao apelo de Deus"[61].

Nesse sentido, para cristianizar e catequizar era preciso pressupor que os indígenas eram possuidores de alma. E essa questão foi solucionada, em 1537, com a bula papal de Paulo III, *Sublimis Deus*[62], quando os indígenas, doravante, foram considerados possuidores de alma.

A construção da relação europeu-índio se efetivou mediante debates públicos como a controvérsia surgida entre dois religiosos espanhóis: Bartolomé de Las Casas e Juan Ginés Sepulveda.

O primeiro chegou à América com a finalidade de "encomendeiro de índios"[63], cujo papel era o de guerrear contra os índios em busca de ouro. Contudo, as cenas de crueldade que presenciou o marcaram irremediavelmente e o transformaram em notável defensor dos que antes perseguira. Las Casas tornou-se frei da ordem dominicana e, em 1544, foi nomeado bispo da cidade Real de Chiapas, no México.

O segundo foi teólogo, jurista e cronista do Imperador Carlos V, partidário do emprego da força como instrumento de conversão dos povos indígenas ao cristianismo[64]. Sepulveda, partidário das ideias aristotélicas que embasavam a doutrina de Tomás de Aquino, defendia que é preciso dominá-

---

[60] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das Minorias e dos Povos Autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. p. 117.
[61] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das Minorias e dos Povos Autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. p. 117.
[62] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das Minorias e dos Povos Autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. p. 117.
[63] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1. ed., (ano 1998), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 33.
[64] PEREIRA SOUZA, Helder Felix. Bartolomé de Las Casas e a Controvérsia de Valladolid: o deslocamento dos Direitos Humanos e do surgimento do Biopoder. **Revista Urutágua –** Acadêmica Multidisciplinar – DCS/UEM, n. 27, nov. 2012/abr. 2013 – semestral – ISSN 1519-6178. p. 48.

los pela força para libertá-los do estado de barbárie[65] – por isso, acreditava ser lícito e justo dominar os povos indígenas e escravizá-los.

Para Sepúlveda, a guerra contra os índios era totalmente justificável, por causa de sua idolatria, a imolação de vítimas humanas aos deuses[66]. A esse argumento, Las Casas contra argumentou que: "[...] todo castigo supõe jurisdição sobre a pessoa em que se aplica; nem a Igreja, nem os príncipes e reis cristãos têm jurisdição para castigar os índios por seus crimes"[67]. Partia do pressuposto de que os índios não conheciam o cristianismo, não habitavam terras cristãs; por isso, não havia como condená-los por crimes contra a igreja ou seus representantes.

A controvérsia entre Las Casas e Sepúlveda se estendeu por dez anos, tendo seu auge na cidade espanhola de Valladolid, em 1550, quando o Imperador Carlos V, da Espanha, convocou uma junta para um debate público no Colégio de San Gregório[68]. Havia uma preocupação com a legalidade das conquistas:

> Desse modo, os que defendiam a conquista teriam que elaborar uma doutrina para justificar o domínio sobre a América com força suficiente para acalmar a consciência da Espanha. Várias tentativas foram feitas a esse respeito, mas a que teve maior sucesso foi aquela que tinha por fundamento o texto aristotélico da *Política*[69].

Fundamentando-se em Aristóteles, foram construídos argumentos para legitimar teoricamente a escravização e as ações armadas contra os povos indígenas. Para fortalecer os argumentos, foram desenvolvidos dois silogismos:

---

[65] GUTIÉRREZ, Jorge Luís. A controvérsia de Valladolid (1550): Aristóteles, os índios e a guerra justa. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 223-235, mar./abr./maio, 2014. p. 224.
[66] GUTIÉRREZ, Jorge Luís. A controvérsia de Valladolid (1550): Aristóteles, os índios e a guerra justa. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 223-235, mar./abr./maio, 2014. p. 224.
[67] LOSADA, A. Apologia. Madrid: Nacional, 1975, p. 19 apud GUTIÉRREZ, Jorge Luís. A controvérsia de Valladolid (1550): Aristóteles, os índios e a guerra justa. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 223-235, mar./abr./maio, 2014. p. 224.
[68] PEREIRA SOUZA, Helder Felix. Bartolomé de Las Casas e a Controvérsia de Valladolid: o deslocamento dos Direitos Humanos e do surgimento do Biopoder. **Revista Urutágua –** Acadêmica Multidisciplinar – DCS/UEM, n. 27, nov. 2012/abr. 2013 – semestral – ISSN 1519-6178, 2013. p. 48.
[69] GUTIÉRREZ, Jorge Luís. A controvérsia de Valladolid (1550): Aristóteles, os índios e a guerra justa. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 223-235, mar./abr./maio. 2014. p. 224.

> O primeiro foi: os bárbaros são naturalmente escravos; os índios são bárbaros; logo, os índios são naturalmente escravos. E o segundo: é lícito fazer guerra contra os naturalmente escravos: logo, é lícito fazer a guerra contra os índios para subjugá-los[70].

Tanto Sepúlveda quanto Las Casas concordavam que os povos indígenas precisavam passar pela conversão ao cristianismo. A diferença é que para Sepúlveda era admissível o uso da força para se obter êxito, já para Las Casas, "[...] isto só poderia acontecer pacificamente e com prévio consentimento voluntário dos índios"[71]. Para este a defesa dos índios era uma causa clara: "[...] para salvar seus protegidos da escravização, [...] propôs até generalizar o tráfico negreiro"[72].

Las Casas recebeu o apoio do teólogo-jurista espanhol Francisco de Vitória[73]. Dominicano, formado na doutrina tomista em Paris, foi precursor do Direito Internacional. A ele é atribuído o mérito de ter formulado, antes mesmo do holandês Hugo e Grotius, o conceito de "direito das pessoas"[74]. A Grotius[75] é atribuído a origem do jusnaturalismo, seguido por seus contemporâneos Samuel Puffendorf e Christianus Thomasius[76] que viam nele o indicador de uma nova perspectiva para a fundamentação do direito.

---

[70] GUTIÉRREZ, Jorge Luís. A controvérsia de Valladolid (1550): Aristóteles, os índios e a guerra justa. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 223-235, mar./abr./maio, 2014. p. 224.

[71] PEREIRA SOUZA, Helder Felix. Bartolomé de Las Casas e a Controvérsia de Valladolid: o deslocamento dos Direitos Humanos e do surgimento do Biopoder. **Revista Urutágua –** Acadêmica Multidisciplinar – DCS/UEM, n. 27, nov. 2012/abr. 2013 – semestral – ISSN 1519-6178, 2013. p. 49.

[72] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das Minorias e dos Povos autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014, p. 119.

[73] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014, p. 119.

[74] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014, p. 119.

[75] MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. Belo Horizonte, MG: Vega S.A, 1972.p.77.

[76] Conforme o Professor Dr. Marcos Leite Garcia: "Thomasius juntamente com Grotius, Pufendorf e Wolf será fundamental na construção do qualificado pelo professor Gregorio Peces-Barba gigantesco sistema do jus naturalismo racionalista, tanto em sua esquematização e teorização na razão humana como na transformação do direito natural divino em direito natural secular". (GARCIA, Marcos Leite. A Contribuição de Christhian Tomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v.10-n.2.p.417-450 jul/dez. 2005, p. 418)

Vitória acreditava na existência de um direito natural comum a todos os homens, com base:

> [...] na natureza humana, criado por Deus e sobre a universalidade da razão. Esse direito natural transcendia os direitos positivos, quer dizer, o corpo de regras próprias de cada nação, mas entre direito natural e direito positivo havia um *jus gentium,* um direito das pessoas, comum a todas as nações, o qual orientava as comunidades humanas e os Estados em suas relações mútuas. Esse direito das pessoas fazia parte do direito natural, mas devia inscrever-se no direito positivo[77].

Na conferência "*De Indiis et de Jure belli",* que viria a se tornar célebre, Vitória:

> [...] refuta as teses desenvolvidas para justificar a conquista. Ele descarta a ordem concedida à Espanha pelo papa e rejeita também o uso da violência para impor a fé cristã. Reconhecia a dignidade humana dos índios, que não eram 'escravos por natureza'. Antes da descoberta das Américas, os índios gozavam pacificamente de seus direitos sobre as coisas, em conformidade com o direito natural. Eram regidos por um direito positivo[78].

Ingo Wolfgang Sarlet aponta para Francisco de Vitória, como alguém que teve grande contribuição, no século XVI, opondo-se à aniquilação, exploração e escravização de índios. Vitória baseia-se, para isso, no pensamento estoico e cristão para afirmar o direito natural e a natureza humana dos indígenas. Que, para ele deveriam ser respeitados não por sua denominação religiosa, mas por serem "em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos, proprietários e na condição de signatários dos contratos firmados com a coroa espanhola"[79]

---

[77] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das Minorias e dos Povos Autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. p. 120.

[78] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das Minorias e dos Povos Autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. p. 120.

[79] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010, p. 35. (Conforme amplamente trabalhado no artigo: UBA, André Emiliano e WEISSHEIMER, Loreno.

Segundo o que apresenta Poumarède[80], a doutrina de Vitória é moderna na medida em que laiciza os fundamentos da colonização e contém o pressentimento de uma nova ordem mundial, fundada na circulação de gente e de mercadorias. Vitória não desconsiderou a missão evangelizadora espanhola, alegou que os missionários espanhóis "[...] tinham o direito de pregar a fé cristã na América, e os indígenas não podiam opor-se a isso, se não uma guerra justa poderia estourar contra aqueles que atrapalhavam a liberdade de comércio e da pregação"[81].

No entanto, mesmo não apresentando uma decisão definitiva, a junta de Valladolid representou, segundo o historiador espanhol Angel Losada, citado por Jorge Luís Gutiérrez[82], um importante dado para as bases do Direito Internacional e para os Direitos Humanos. Pela primeira vez na história da humanidade foram discutidas as justificativas para a guerra a partir de fundamentos teológicos e jurídicos.

Convém destacar que a discussão sobre a questão de serem bárbaros ou não os povos indígenas, entrou em pauta no Brasil bem mais tarde, apenas com a chegada de D. João VI, no ano de 1808. E esse assunto será abordado mais adiante neste trabalho.

1.1.2 A situação no Brasil Colônia

O termo "Brasil Colônia" é utilizado para designar "[...] uma época específica da história brasileira, que vai de 1500 a 1822"[83], em que o território brasileiro era uma colônia do império ultramarino português. Segundo Fausto[84], o período do Brasil Colônia divide-se em três tempos históricos, começando

---

A proteção da dignidade da pessoa humana na União Europeia. In: **Elementos de Constitucionalismo e Transnacionalidade.** Perúgia/Itália:Università Degli Studi di Perúgia e Itajaí: UNIVALI e CAPES, 2015. E-book vol. 2. ISBN 978-88-99490-01-0. p. 43.)

[80] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das Minorias e dos Povos Autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. p. 120.

[81] POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das Minorias e dos Povos Autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. p. 120.

[82] LOSADA, 1975, p. 20 apud GUTIÉRREZ, Jorge Luís. A controvérsia de Valladolid (1550): Aristóteles, os índios e a guerra justa. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 223-235, mar./abr./maio. 2014. p. 224.

[83] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 9.

[84] FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013. p. 38.

com a chegada dos portugueses até a efetivação do governo-geral, no ano de 1549. O segundo, é um longo lapso de tempo entre a instalação do Governo-geral e o final do século XVIII; o terceiro tempo vai dessa época até o ano de 1822, quando ocorreu a proclamação da Independência do Brasil da Coroa portuguesa.

A política de capitanias hereditárias definia as terras como propriedade do reino de Portugal – 15 faixas no sentido leste/oeste –, cuja finalidade era organizar a colonização e a exploração econômica que ficava a encargo dos donatários das capitanias[85]. “A posse dava aos donatários extensos poderes, tanto na esfera econômica (arrecadação de tributos) como na esfera administrativa”[86].

As primeiras relações dos colonizadores com os povos nativos seriam forjadas através do escambo. Mais tarde, políticas foram articuladas, ora pela via da interação, ora pela integração e, ainda, pela assimilação. As populações locais viviam do que tinham, comiam o milho ou a mandioca que produziam. Novos costumes e diferentes comidas foram introduzidos pelos portugueses. Não obstante, nesses primeiros contatos razoavelmente pacíficos, os índios passaram a se desinteressar pelas quinquilharias que lhes eram apresentadas em escambo e os portugueses adotaram outra forma de tratamento: os trabalhos forçados, dando início a um tempo de rebeliões[87].

Entre as diferenças culturais dos povos, importa mencionar que os europeus ficaram estarrecidos com a existência de rituais antropofágicos. Relatos como os do soldado mercenário alemão Hans Staden[88], alimentavam o imaginário europeu, a ideia de selvageria dos habitantes do Novo Mundo, “[...] e as teorias sobre a não humanidade ou mesmo a animalidade dos índios”[89].

Em 1552, o rei D. João III confiou aos padres jesuítas, da Companhia de Jesus, o trabalho de conversão dos índios e a criação de aldeias – o aldeamento pareceu uma forma de facilitar a catequese. O sistema de aldeamento não impediu, no entanto, as invasões por parte dos

[85] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 98.
[86] FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013. p. 41.
[87] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 17.
[88] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 16.
[89] MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 16

colonizadores. No ano de 1553, Duarte da Costa assumiu a posição de Governador Geral dando seguimento às relações conflituosas com os povos indígenas. E, a partir desse momento, evidenciaram-se as lutas pela posse da terra entre portugueses e nativos – em 1555, ocorreu o primeiro conflito dessa natureza na região da Bahia[90]. O interesse europeu pela exploração do pau-brasil fomentou, em grande parte, os primeiros conflitos por terras.

Conforme explica a professora Márcia Cristina Altvater Vilas Boas, além do conflito entre índios e não-índios, houve a divergência entre jesuítas e a política do governador geral[91]. Luiz Fernando Villares assinala os contrapontos desse momento histórico:

> Ao mesmo tempo em que eram instituídas ordens e leis sobre o novo território português, que procurava incentivar a ocupação fática e o domínio dos povos nativos, surgiu uma legislação colonial que reconheceu a soberania indígena e o direito aos territórios que ocupavam. [...] São reconhecimentos, expressados por leis e documentos oficiais, concomitantes à colonização imaginada e incentivada na legislação. As Cartas Régias de 30.07.1609, promulgadas por Filipe III, declararam a proteção à liberdade dos índios "todos os gentios d'aquelas partes do Brazil por livres, conforme o Direito". Outro documento que reconhece o domínio dos índios sobre suas terras são as Cartas Régias de 10.09.1611[92].

Inobstante, a Bula do Papa Paulo III, ter declarado em 1537, que os indígenas eram humanos como os demais seres humanos[93], a Lei de 10 de março de 1570, por exemplo, previa a escravidão dos índios quando "[...] tomados em guerra justa autorizada pelo rei ou governadores"[94]. O padre Antônio Vieira "[...] procurado para definir a possibilidade de manter em

---

[90] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 27.
[91] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 27.
[92] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 99.
[93] CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.) **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal da Cultura: FAPESP, 1992. p. 9.
[94] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 100.

cativeiro índios do Maranhão, respondeu com precisão poética: 'Escravos não são, porque não são tomados em guerra justa'"[95].

Importante fato histórico, que merece ser mencionado, é que a Espanha regeu Portugal, e, consequentemente o Brasil, no período de 1580 a 1640, na chamada União Ibérica. Época em que D. Filipe III[96], rei de Espanha, afirma em uma carta Régia de 1611, o direito dos índios sobre seus territórios, o que na prática acabou não acontecendo[97].

Segundo Harmut-Emanuel Kaiser, entre os anos de 1609 e 1754, um decreto e duas leis foram editados com a função de ordenar a liberdade dos índios que tinham se tornado escravos, mas tais leis não eram respeitadas pelos colonizadores nem mesmo pelos governadores[98].

Entrementes, no ano de 1680, como assinala Vilas Boas, se deu "o reconhecimento da Coroa Portuguesa do direito dos índios sobre seus territórios [...], no Alvará régio de 1º de abril [...]: o qual previa [...] a liberdade das pessoas e bens e comércio dos índios do Pará e Maranhão"[99]. Vilas Boas chama a atenção para o fato de esse dispositivo não ter tido, na prática, eficácia nenhuma, ainda assim ser "considerado como o ponto de partida para o direito indígena brasileiro, ainda que tivesse validade apenas para os índios do Pará e Maranhão[100]. No ano de 1755, por meio de um Alvará Régio, a regra

---

[95] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1. ed., (ano 1998), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 51.

[96] "O rei Dom Sebastião morreu em combate em 4.8.1578, [...] um tio-avô de Dom Sebastião, regeu Portugal até 1580. Com sua morte, extinguiu-se o domínio da Casa de Aviz, que havia dominado Portugal desde 1385. No mesmo ano, o rei da Espanha, Dom Filipe II, tomou para si o trono português, após um conflito militar. Os reis espanhóis regeram Portugal e, por conseguinte, também o Brasil [...] na chamada União Ibérica, até o ano de 1640." (KAISER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos Povos Indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010. p. 108).

[97] VILAS BOAS. Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 32.

[98] KAISER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010. p. 109.

[99] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 32.

[100] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 33.

editada anteriormente de forma regional passou a valer em todo o território brasileiro[101].

Em 1759, pelas mãos do Marquês de Pombal, cujo governo durou de 1750 a 1777, deu-se a expulsão dos religiosos jesuítas do Brasil. Fato que secularizou a política indigenista estabelecendo um sistema em que os índios eram livres, embora submetidos a um Diretor que era nomeado pela Coroa[102] – uma política que visava tornar o índio útil ao Estado. A partir de meados do século XVIII, o governo pombalino desenvolveu uma política diplomática e militar, destinada a consolidar e legalizar a ocupação portuguesa em áreas disputadas com a Espanha, principalmente, na região da Bacia do Rio da Prata, região com numerosa população indígena. A continuidade da posse portuguesa dependia, em grande parte, de tratados diplomáticos com os índios, que se tornaram possíveis a partir de relacionamentos mais amistosos entre portugueses e populações indígenas.

Na Bacia do Rio Uruguai, para fixar definitivamente as fronteiras, a situação era diferente: os interesses da Coroa Portuguesa somente se mantiveram através de investidas militares – dessa vez, em aliança com os espanhóis – contra os Guaranis "missioneiros". Tanto nas áreas portuguesas quanto nas espanholas, era parte da política indigenista a "integração" indígena[103], somando-se a isso a expulsão dos jesuítas.

Para Carlos de Araújo Moreira Neto[104], a política de Pombal, foi marcada por dois atos essenciais:

> [...] a aprovação do *Diretório que se deve observar nas povoações dos índios do Pará e Maranhão* (1757), que impõe novos princípios à política indigenista, após a abolição da administração temporal das aldeias indígenas por missionários (Alvará de 7 de junho de 1755), e a expulsão final dos jesuítas. Toda política, a seguir, [...] estabelece normas minuciosas para o esforço de "integração", e " nacionalização" dos índios, por quantos

[101] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 33.
[102] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 28.
[103] MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os Índios e a Ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005. p. 232.
[104] MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os Índios e a Ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005. p. 232.

> meios e processos possam ser divisados, para sua plena identificação com a sociedade luso-brasileira. Especial interesse é dedicado à difusão do idioma português entre os vários grupos indígenas[105].

A catequese foi um importante instrumento na política colonial para os povos indígenas, pois, com ela, se passou da educação para a assimilação, [...] a fim de submetê-los às regras assimilacionistas dos portugueses, subjugando o povo indígena inclusive, por meio de violência física, escravização, alterando suas práticas sociais tradicionais[106].

Kaiser assinala que, durante o período colonial, o objetivo do trabalho missionário "[...] tinha grande significado político. A Coroa portuguesa legitimava sua presença no Brasil com o mandado outorgado pelo papa de conversão dos gentios"[107].

Vilas Boas[108] assevera que, se os índios encontraram – ainda que controversas – leis que garantiam seus direitos sobre as terras, do ponto de vista real a tendência era a de avanço sobre seus territórios. A partir do ano de 1808, com a chegada da Família Real ao Brasil, D. João VI invalidou a lei de 1755, tornando-a "letra morta". Até 1809, promulgou três Cartas Régias que decretavam "guerra justa" contra os Botocudos de Minas Gerais, sendo permitido o uso da força como instrumento de persuasão[109].

Sobre os aldeamentos, o Alvará de 23 de novembro de 1700 já mandava que fosse demarcada "uma légua em quadra para cada aldeia"[110]. Conforme Cunha[111], os aldeamentos obedeciam a várias conveniências:

---

[105] MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os índios e a ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005. p. 232.
[106] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 29.
[107] KAISER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010. p. 134.
[108] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 33.
[109] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 33.
[110] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 78.
[111] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 78.

> [...] não só se os retirava ou confinava em parcelas de regiões disputadas por frentes pastoris ou agrícolas, mas se os levava, também, para onde se achava que seriam úteis. Podia-se assentá-los em rotas fluviais, como a que ligava São Paulo ao Mato Grosso, ou o Paraná ao Mato Grosso, ou ainda como as do Tocantins e do Araguaia ligando o Centro Oeste ao Pará e ao Maranhão [...]. Eventualmente, além de interesses regionais ou nacionais, os interesses puramente locais de moradores eram atendidos, como foi, por exemplo, o caso da remoção dos índios de Água Azeda, em Sergipe (27/8/1825)[112].

Com o passar do tempo, a política de aldeamento tomava rumos diferenciados. No século XIX, as dimensões das terras atribuídas para aldeamentos começaram a ter variações:

> No [...] ano de 1819, por exemplo, a Coroa atribui um quarto de légua de frente e meia légua aos índios Coroados da aldeia de Valença (8/7/1819), enquanto manda dar a tradicional légua em quadra aos índios Kayapó da capitania de São Paulo (24/3/1819)[113].

O Decreto de 26 de março de 1819 é um dos últimos atos do período que antecedeu a Independência do Brasil. Esse decreto referia-se à Aldeia de Valença, conforme ilustra o seguinte trecho:

> [...] aparentemente, o ato firmado por D. João VI garantiria permanentemente o pleno domínio dos índios sobre suas terras. Tal não se deu, entretanto. Os moradores já existentes, e cujo número crescia, segundo Saint-Hilaire, foram conservados na posse da terra de que passariam a pagar foro[114].

Como havia a possibilidade de arrendamento das terras aldeadas, ocorria que arrendatários começavam a pedir cartas de Sesmarias dentro, portanto, das terras das aldeias; assim “em 1812, são atendidas pelos menos

---

[112] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 76.
[113] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 78.
[114] MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os índios e a ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005. p. 244.

duas vezes essas pretensões [...]. Só em 1819 se voltará atrás e se reafirmarão os direitos inalienáveis dos índios sobre as terras das aldeias (26/3/1819)"[115].

Uma medida nesses moldes acabou por levar a uma descaracterização dos aldeamentos indígenas transformando os territórios em propriedades privadas de agricultores nacionais[116].

1.2 BRASIL IMPÉRIO E A CONSTITUIÇÃO DE 1824

As monarquias que dominavam a Europa desde o início do século XVI entraram em crise. Nessa fase política, os governantes tinham como missão "[...] procurar a realização do bem-estar dos povos, pelo respeito às leis naturais e aos direitos naturais de que os homens são portadores"[117]. Tais concepções deram origem ao pensamento liberal, no campo sociopolítico e no plano político. Fausto destaca que:

> [...] a doutrina liberal defende o direito de representação dos indivíduos, sustentando que neles, e não no poder dos reis, se encontra a soberania. Esta é entendida como o direito de organizar a nação a partir de uma lei básica – a Constituição. O alcance da representação traçou uma linha divisória entre liberalismo e democracia ao longo do século XIX[118].

Na transição de Colônia do Reino de Portugal para sua independência, no que se referia à política voltada para os povos indígenas, o Brasil manteve as regras anteriormente postas pela Coroa Portuguesa. Em 1821, vários projetos foram apresentados na reunião das Cortes Gerais que constituíam o Parlamento do Reino Unido, entre os projetos, havia destaque para os "Apontamentos para a Civilização dos Índios Brabos do Império do

---

[115] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 79.
[116] MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os índios e a ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005. p. 244.
[117] FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013. p. 93.
[118] FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013. p. 94.

Brasil", submetido por José Bonifácio de Andrade e Silva (1763-1838), um dos arquitetos da independência, às Cortes Gerais. E, mais tarde, seria apresentado à Assembleia Constitucional do Brasil Independente de 1823[119].

Assim como aconteceu no ano de 1550, na controvérsia entre Las Casas e Sepúlveda: a vinda da corte portuguesa para o Brasil, no início do século XIX, fez surgir acalorados questionamentos sobre a humanidade ou não dos indígenas[120]. Ocuparam-se com essa questão o médico e antropólogo alemão, nascido na cidade de Erlangen, Karl Friedrich Von Martius (1794-1868) e o historiador, nascido no Brasil, Francisco Adolfo de Varnhagen (1816-1875)[121]. Ambos contestavam a humanidade dos indígenas. Varnhagen fez uso de uma fala do senador Dantas de Barros Leite (senador no período de 1843 a 1870), na época do Império, que dizia: "[...] entre as diversas raças humanas, o índio parece ter uma organização incompatível com a civilização"[122].

José Bonifácio colocou-se em franca oposição a Varnhagen, sendo o primeiro a pensar a questão indígena dentro de um projeto político[123]. Seus apontamentos constituíam:

> um programa de integração dos índios à sociedade nacional e tratava sobre formas de catequizar e aldear os índios. Ele justificava que a integração deveria possibilitar o surgimento de uma nova raça e a criação de uma cultura comum e, assim, o governo deveria favorecer os meios para a integração[124].

---

[119]MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os índios e a ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005. p. 248.
[120]VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 33.
[121] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 35.
[122] VARNHAGEN, 1867, p. 55-56, apud CUNHA, Manuela Carneiro da (org.) **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal da Cultura: FAPESP, 1992.
1992, p. 134-135.
[123] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 34.
[124] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 34.

Para Cunha, com os “Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brazil”[125] José Bonifácio, apresentou para a Assembleia Constituinte de 1823 “medidas amplas e permanentes”[126].

A situação da questão indígena passou a ser “[...] pensada dentro de um projeto político mais amplo. Tratava-se de chamar os índios à sociedade civil, amalgamá-los assim à população livre e incorporá-los a um povo que se desejava criar”[127]. A autora assinala que o projeto de José Bonifácio previu a compra das terras dos índios ao invés da tomada[128]. O texto redigido por Bonifácio entrou em contradição com outros projetos que estavam mais no horizonte social e político da época, como os de Von Martius e de Varnhagen, anteriormente citados.

O projeto humanista de José Bonifácio, apesar de aprovado pela Assembleia Constituinte, não foi incorporado “[...] ao projeto constitucional, que se contentou com declarar a competência das províncias para promover missões e catequese de índios”[129]. Além de a “Assembleia Constituinte” ter sido dissolvida por D. Pedro I, a primeira Constituição não chegou a mencionar a existência de índios. Entre a perspectiva humanista de José Bonifácio e os interesses dos grandes proprietários de terras, prevaleceu a ordem protetiva das grandes propriedades, dando continuidade aos métodos indigenistas herdados do período colonial. Como é possível verificar com a Decisão nº 210, do Ministério da Guerra, de 26 de setembro de 1825, que se referia à nomeação de comandante e força das bandeiras: “O Ministério da Guerra, em nome do Imperador, resolve que essas medidas sejam tomadas de comum acordo por tais autoridades ‘tendo somente em vista o bem dos Povos’”[130].

---

[125] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 66.
[126] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 66.
[127] CUNHA, Manuela Carneiro da (org.) **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal da Cultura: FAPESP, 1992. p. 137.
[128] CUNHA, Manuela Carneiro da (org.) **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal da Cultura: FAPESP, 1992, p. 137.
[129] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 67.
[130] MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os índios e a ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 20052005. p. 248.

Moreira Neto assinala que, em resolução de 18 de outubro de 1825, o Ministério do Império decidiu:

> [...] à vista de informações do ataque de força militar contra os índios Botocudo do Rio Doce, recomendar ao Presidente da província do Espírito Santo a adoção de medidas para prevenir esses acontecimentos 'que são totalmente contrários ao progresso da civilização dos índios que tanto se procura conseguir: manda, pela Secretaria de Estado do Negócios do Império, recomendar que os fazendeiros hajam com toda a moderação e prudência para com os ditos índios, facilitando-lhes os auxílios que uma boa hospitalidade exige, abstendo-se de quaisquer atos de barbaridade, e promovendo, por todos os meios possíveis de brandura e afabilidade, a sua total civilização, de que resulta o maior proveito a este Império[131].

Assinala o mesmo autor, que: "em relação a tal decisão, deve-se, em primeiro lugar, salientar o que foi observado [...] sobre a política de pacificação desses índios, associada à concessão de terras a colonos"[132]. Nesse contexto, os conflitos por terras tornam-se inevitáveis. Moreira Neto ainda assevera que, na área do Ministério do Império,

> [...] registra-se Provisão da Mesa do desembargo do Paço, de 20 de dezembro de 1826, que decide sobre a restituição ou não da posse das terras dos índios da Província do Rio Grande do Norte. A provisão é dirigida ao Presidente daquela província [...] face às queixas e representações que lhe dirigiram os índios dessa Província sobre usurpação de suas terras, "achando-se sem nenhuma para as suas culturas", os reintegrava na posse de parte delas[133].

Outra decisão do Ministério da Justiça, a Decisão nº 59, de 1º de março de 1830, "[...] declara que os índios devem ser governados pela legislação geral e que aos Juízes Territoriais compete o conhecimento da

---

[131] MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os índios e a ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI 2005. p. 249.
[132] MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os índios e a ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005. p. 249.
[133] MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os índios e a ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005. p. 250.

demarcação da sesmaria, requerida por eles ou quem em direito tiver”[134]. Essa decisão, segundo Moreira Neto,

> é absolutamente contrária à [...] pretensão, pois faz com que os índios, em lugar de recorrer à legislação protecionista que, de certo modo, defendia o seu patrimônio coletivo, dirijam-se à justiça ordinária, em defesa de seus direitos. Essa tendência é acentuada pela declaração de que eles não deveriam esperar medidas especiais de proteção, com a nomeação de um Diretor, por serem submetidos, como todos os outros, à legislação ordinária: “e que, sobre a nomeação do Diretor para índios mencionados, não tem lugar tal pretensão, porque eles, como súditos deste Império, deverão ser governados pela legislação geral”. Esta é provavelmente a última decisão do governo de Pedro I sobre índios. O ato seguinte será a Lei de 27 de outubro de 1831, posterior à abdicação do Imperador, que revoga as Cartas Régias que mandaram fazer guerra e pôr em servidão os índios[135].

No ano de 1833, houve um número grande de decretos e de decisões voltados para a política indigenista:

> O decreto da Regência datado de 3 de junho de 1833, nos termos da Lei de 1831 [...] encarrega aos Juízes de Órfãos dos Municípios respectivos da administração dos bens dos índios, tomando em consideração que, com a extinção dos lugares dos Ouvidores das Comarcas pela Lei de 29 de novembro de 1832, nenhuma providência se deu acerca da administração dos bens pertencentes aos índios, de que eram juízes privativos e administradores, os sobreditos Ouvidores[136].

Conforme Cunha, em 6 de julho de 1832, que, pela primeira vez, a legislação ocupou-se acerca da transferência das aldeias para novos estabelecimentos e da venda em hasta pública de suas terras. Segundo Cunha:

---

[134] MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os índios e a ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005. p. 250.
[135] MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os índios e a ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005. p. 250.
[136] MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os índios e a ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005. p. 251.

> A partir dessa data, sobretudo, mas não apenas no Nordeste, haverá uma corrida às terras das aldeias e uma longa disputa, que se arrasta até às vésperas da República, entre municípios, províncias e governo central pela propriedade do espólio[137].

O Decreto nº 4, de 18 de junho de 1833, isentou de tributos àqueles que se estabelecessem às margens do rio Atinos e mandava suprir com gado e instrumentos agrários. O decreto visou a favorecer e a proteger as comunidades pioneiras que se estabelecessem na rota entre o Mato Grosso e o Pará, mencionando:

> [...] o estabelecimento de colonos nessa área deverá fazer-se em aldeamentos dos Apiacá, supostamente com a concordância e a cooperação dos índios. Essas povoações do Arinos serão, posteriormente, motivo de fortes tensões e conflitos com os índios da área[138].

O Decreto nº 426 de 24 de julho de 1845 previu uma política de aldeamentos com – o assim chamado Regulamento das Missões – a remoção e a reunião de aldeias aforamentos e arrendamentos. Segundo Cunha[139], esse regulamento foi o único documento indigenista geral do Império, que "[...] prolonga o sistema de aldeamento e explicitamente o entende como uma transição para a assimilação completa dos índios"[140].

Conforme Cunha[141], mesmo sendo nomeado de "missionário", o regulamento previu uma administração leiga, os religiosos passaram a ser assistentes do administrador. Contudo por carência de diretores de índios, os religiosos passaram a assumir também esses cargos. Nesse tempo, como salienta Cunha: "nada parece ter sobrado da autonomia jesuíta em relação aos

---

[137] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 78.
[138] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 78.
[139] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 68.
[140] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 68.
[141] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 67.

projetos governamentais [...]. Os capuchinhos italianos ficam inteiramente a serviço do governo, que os distribui segundo seus próprios projetos”[142].

Com o decorrer do tempo, houve uma diminuição no recrutamento de missionários. No ano de 1876, “[...] o governo queixa-se de que para toda a extensão do Brasil, dispõe apenas de 57 capuchinhos italianos e de mais seis franceses descalços, concentrados no alto do Amazonas”[143].

1.2.1 Lei de Terras (Lei nº 601 de 1850)

Apesar de a questão quanto ao direito dos índios sobre terras não ter sido mencionada nas primeiras constituições (1824 e 1891), ela foi, no entanto, objeto de preocupação do legislador infraconstitucional, como se verificou na Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850[144], regulamentada pelo Decreto nº 1.318 de 1854[145]. Com a lei, ficou definida a política de colonização e legitimação das posses e propriedades privadas, nomeando as terras públicas e as devolutas. A Lei de Terras entrou em vigor cinco anos após o Regulamento das Missões, reafirmando “a conveniência de assentarem ‘hordas selvagens’. Para seu aldeamento, serão reservadas áreas dentre as terras devolutas, áreas que serão inalienáveis e destinadas a seu usufruto”[146].

O conceito de terra devoluta, respaldado na Lei nº 601, de 1850, ficou assim definido: “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”[147].

---

[142] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 70.
[143] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 70.
[144]BRASIL. **Lei nº 601**, de 18 de setembro de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em jan. 2016.
[145]BRASIL. **Lei nº 1318**, de 1854. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM1318.htm>. Acesso em jan. 2016.
[146] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 79.
[147] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 457

Portanto, pertenciam aos Estados-membros as terras devolutas, cujo conceito aceito naquela época era o estabelecido pelo art. 3º, da Lei nº 601, que dispõe:

> Art. 3º. São terras devolutas:
>
> § 1º. As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal;
>
> § 2º. As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medições, confirmação e cultura.
>
> § 3º. As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta lei.
>
> § 4º. As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta lei[148].

O conceito de terras devolutas firmou-se por exclusão: são terras devolutas todas as que não se encontram identificadas nos parágrafos do artigo anteriormente transcrito.

Conforme o texto do art. 12 da lei nº 601 de 1850, a reserva de terra para os povos indígenas dependia de ato governamental:

> Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaisquer outras servidões, e assento de estabelecimentos públicos; 3º para a construção naval[149].

Acerca dessa questão jurídica, não deixa dúvidas a opinião do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

> Na verdade, cumpre lembrar, num sumário resumo, que somente por volta de 1910, quando se criou o SPI – Serviço de Proteção ao Índio, sob os auspícios do

[148] TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor. Ano 1993, p. 12.
[149] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm.

> Marechal Rondon, é que se começou a tomar o indígena como ente merecedor de proteção. Até então, não, era ele como que um animal daninho, sem qualquer direito a terras. Tanto assim que, no Império, as terras por eles ocupadas eram consideradas devolutas (Lei nº 601, de 18.09.1850, art. 3º - cf. José Cretella Júnior, Bens Públicos, 2. ed., São Paulo, LEUD, 1975, p. 293-4). E assim continuaram a ser consideradas até a Constituição de 1934[150].

Portanto, parece não haver dúvidas no sentido de que pertenciam aos Estados Federados, desde 1891, por determinação Constitucional, todas as terras, inclusive as devolutas, que não fossem indispensáveis à defesa nacional ou à construção de estradas de ferro federais.

A definição de “reserva indígena” provém do fato de a terra ser “reservada” para ser território de ocupação indígena. Não se encontrando identificadas na norma as terras ocupadas por povos indígenas, também estas eram tidas como devolutas e, em decorrência, passaram ao domínio dos estados (art. 64, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891)[151].

A promulgação da Lei de Terras proibia novas posses, e estas somente eram possíveis mediante a compra. A nova lei mais as suas regulamentações de 1854 abriram caminho para a legitimação de antigas posses e sesmarias anteriores a 1850. Os posseiros passavam à condição de proprietário rural. Para esses, a nova legislação significava o reconhecimento de um *status* social.

Moreira Neto assevera que, um mês depois da aprovação da Lei de Terras, foi divulgada “[...] uma decisão do Ministério do Império, em 21 de outubro de 1850, que manda incorporar aos próprios nacionais as terras dos

---

[150] FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves**. Comentários à Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1988. p. 117.

[151] BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1891. In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras. Brasília: Senado federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de estudos Estratégicos, v.2, 2001. p. 94.

índios que já não vivem aldeados, mas sim dispersos e confundidos na massa da população civilizada”[152].

A nova legislação separou os domínios privados dos outros ainda não apropriados:

> O termo devoluto perdeu, contudo, o seu sentido inicial. De terras doadas ou apropriadas que, por não terem sido aproveitadas, eram devolvidas ao senhor original, isto é, ao rei, o conceito passou a designar as terras não apropriadas ou públicas ou dito de outra forma, vagas [...]. As terras indígenas eram devolutas ou, ao contrário, sobre territórios ocupados por eles ainda era válido o “direito originário”? Longe de definirem um conceito claro e inequívoco para o vocábulo devoluto, senadores e deputados criaram uma lei onde o devoluto definiu-se por exclusão[153].

O artigo 3º, da Lei do Império nº 601 de 1850, excluía da definição de terras devolutas aquelas que se achassem no domínio particular por título legítimo[154]. Segundo a professora Moreira, a lei não mencionava o “indigenato” e, por isso, dava margem a várias interpretações”[155], como a que foi feita por João Mendes Júnior, por ocasião da conferência de 1912. Indigenato é, conforme José Afonso da Silva[156], um instituto jurídico luso-brasileiro, tendo origem nos tempos do Brasil Colônia, mais especificamente com o alvará Régio de 1º de abril de 1680: que declarava os índios senhores de “seus domínios e os desaldeados [...] agraciados com lugares convenientes para lavrarem e cultivarem, numa ideia clara de integração do índio à sociedade não índia de maneira pacífica e liberta”[157]. Mendes Júnior, sobre o indigenato, escreveu: “e

---

[152] MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os índios e a ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005. p. 257.
[153] MOREIRA, Vânia Maria Losada. Terras Indígenas do Espírito Santo sob o Regime Territorial de 1850. **Revista Brasileira de História**, (*on-line version* ISSN 1806-9347) São Paulo, v. 22,n. 43, 2002.p.158.
[154] MOREIRA, Vânia Maria Losada. Terras Indígenas do Espírito Santo sob o Regime Territorial de 1850. **Revista Brasileira de História**, (*on-line version* ISSN 1806-9347) São Paulo, v. 22,n. 43, 2002, p.158.
[155] MOREIRA, Vânia Maria Losada. Terras Indígenas do Espírito Santo sob o Regime Territorial de 1850. **Revista Brasileira de História**, (*on-line version* ISSN 1806-9347) São Paulo, v. 22,n. 43, 2002. p.160.
[156] SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelo índios. In: **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor. Ano 1993. p. 48.
[157] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 99.

qual pode ser esse primeiro ocupante, com título distinto da sua ocupação senão o indígena, aquele que tem por título o indigenato, isto é, a posse aborígene"[158]

Moreira assinala que o próprio Mendes Júnior reconheceu "que a interpretação da Lei de Terras por ele realizada, a partir da qual ficou reconhecido o direito originário dos índios sobre as terras que ocupavam, se fez pela 'dedução' da própria lei"[159]. Por direito originário entendia-se que a posse indígena era fundada no instituto do indigenato, tendo em Mendes Júnior seu maior defensor e articulador[160].

A concepção do "indigenato" referia-se, segundo o professor e desembargador federal, Luiz de Lima Stefanini, a "tudo o que reúne e congrega o rol dos direitos indígenas, encontrando-se centrados no que se logrou chamar de direito congênito"[161]. Para Mendes Júnior[162], o indigenato está relacionado à noção de posse imemorial e não se confunde com a ocupação, constituindo fonte primária e congênita da posse territorial, por isso legítimo por si, dispensando legitimação.

José Afonso da Silva[163] esclarece, em artigo intitulado "Autoaplicabilidade, do art. 198 da Constituição Federal (CF de 1969)", que indigenato:

---

[158] MENDES JÚNIOR, João. Os indígenas do Brazil, seus direitos, individuais e políticos. São Paulo:Typ. Hennies Irmãos, 1921, p. 34-35 apud MOREIRA, Vânia Maria Losada. Terras Indígenas do Espírito Santo sob o Regime Territorial de 1850. **Revista Brasileira de História**, (*on-line version* ISSN 1806-9347) São Paulo, v. 22,n. 43, 2002. p.161.

[159] MOREIRA, Vânia Maria Losada. Terras Indígenas do Espírito Santo sob o Regime Territorial de 1850. **Revista Brasileira de História**, (*on-line version* ISSN 1806-9347) São Paulo, v. 22,n. 43, 2002.p.161.

[160] MENDES JÚNIOR, João. Os indigenistas do Brazil, seus direitos individuais e políticos. São Paulo, Typ. Hennies, 1912. apud TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor. Ano 1993. p. 15.

[161] STEFANINI, Luiz de Lima. **Código indígena no direito brasileiro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 73.

[162] MENDES JÚNIOR, 1912 apud TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor. Ano 1993. p. 15.

[163] SILVA, José Afonso da apud TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor. Ano 1993. p. 13.

> não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, "não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, ao fato posterior, depende de requisitos que a legitimem"[164].

Sobre a questão, Mendes Júnior, interpretando legislação pertinente, escreveu: "desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por *elles* ocupadas, *si* já não fossem *delles*, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas"[165].

As opiniões mais recentes ainda divergem entre si, José Mauro Gagliardi, por exemplo, avalia que, na letra da nova lei, o índio passou "da condição de proprietário natural da terra à condição de expropriado e a depender da benevolência do Estado para ter algo que um dia lhe pertenceu"[166]. Enquanto, Cunha assevera que "a questão é mais complexa, pois as terras indígenas não podem ser consideradas como devolutas, em função do direito originário dos índios sobre os territórios que ocupavam"[167].

No julgamento do Recurso extraordinário nº 219.983-3 SP, o Ministro Nelson Jobim destacou em seu voto:

> Essa tese da propriedade indígena, das terras imemoriais, começa numa conferência de João Mendes de Almeida sobre o indigenato. Ele cria, então, a figura do indigenato baseado no Alvará Régio de 1680, que se referia aos ocupantes primários e originários das terras. O problema é que as terras só passaram a ser de propriedade da União com a Constituição de 67. Antes, a Constituição de

---

[164] TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor. Ano 1993. p. 13.

[165] MENDES JÚNIOR, 1912 apud TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor. Ano 1993. p. 15.

[166] MENDES JÚNIOR, apud MOREIRA, Vânia Maria Losada. Terras Indígenas do Espírito Santo sob o Regime Territorial de 1850. **Revista Brasileira de História**, (*on-line version* ISSN 1806-9347) São Paulo, v. 22,n. 43, 2002. p. 163.

[167] CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In.: CUNHA, Manuela Carneiro da (org**.). História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de cultura: FAPESP, 1992, p. 141.

> 34, que foi a primeira a constitucionalizar a questão indígena, meramente mandou respeitar a posse das áreas ocupadas pelos indígenas, mas não definiu propriedade[168].

A partir da Constituição republicana de 1891, até a Constituição de 1967, a reserva de terras ocupadas originariamente pelos índios era obra dos Estados em entendimento com Serviço de Proteção do Índio – SPI. Já que a Constituição de 1891 atribuiu aos estados as terras devolutas, consoante seu art. 64, passando estes Entes da Federação a cumprir o estabelecido no art. 12, da Lei nº de 1850[169].

Assinala o ministro Nelson Jobim, em seu voto, que:

> Somente em 1967 o regime militar estabeleceu que as terras ocupadas pelos índios eram de propriedade da União. Até então, a regulamentação das terras ocupadas pelos índios era obra dos Estados, e isso era atribuição do Ministério da Agricultura, que negociava com os Estados a forma de legitimar a posse[170].

Segundo o Título VI, *Das terras reservadas,* art. 72, do Decreto nº 1368, de 30 de janeiro de 1854: "Serão reservadas terras devolutas para *colonisação* [*sic*], e aldeamento de indígenas nos *districtos* [*sic*], onde existirem hordas selvagens"[171].

Com o tempo, o cultivo da terra como critério para definir terras devolutas foi abandonado e as "terras devolutas passaram a ser: 1) as que não

---

[168]SÃO PAULO. **Recurso extraordinário nº 219.983-3 SP**. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22779926/agreg-no-recurso-extraordinario-re-629993-df-stf/inteiro-teor-110985334>. Acesso em jan. 2016.

[169]http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm.

[170] STF. **Recurso extraordinário nº 629993 DF-STF**. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22779926/agreg-no-recurso-extraordinario-re-629993-df-stf/inteiro-teor-110985334>. Acesso em jan. 2016.

[171] BRASIL. **Decreto nº 1368**, de 30 de janeiro de 1854. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM1318.htm>. Acesso em jan. 2016.

estavam aplicadas a algum uso público nacional, estadual ou municipal; 2) as que não estavam no domínio particular, em virtude de título legítimo"[172].

Aconteceu que aldeias foram extintas, o que fez surgir uma situação controversa. Conforme Cunha, o assunto da extinção das aldeias e o uso posterior dessa terra arrastou-se por mais de 30 anos. O Decreto de 30 de janeiro de 1854, art. 75, que regulamentava a Lei das Terras e o art. 1º, § 15 do Regulamento das Missões, as terras das aldeias extintas deviam ser dadas em propriedade aos índios:

> É assim que se entende, por exemplo, em 1855, quando se declara, a propósito da aldeia cearense de Mecejana, extinta cinco anos antes, que as terras de que tinham posse pertenciam aos índios, em sua qualidade de descendentes daqueles a quem, primitivamente, havia sido feita a concessão de terras (20/11/1855)[173].

Situação essa que recebeu atenção diferente nas décadas subsequentes, quando foram distribuídos, "quando muito, lotes aos índios. A controvérsia relativa aos direitos sobre as terras das aldeias extintas excluirá [...] os índios e será travada entre municípios, províncias e Império"[174].

No capítulo seguinte se verá que a reserva de terras para a posse indígena, antes da atribuição do Governo Imperial, consoante o art. 12 da Lei 601, de 1850 (Lei de Terras), na República, passou a ser obra dos Estados, em razão da Constituição de 1891.

---

[172] MENDES JÚNIOR, apud MOREIRA, Vânia Maria Losada. Terras Indígenas do Espírito Santo sob o Regime Territorial de 1850. **Revista Brasileira de História**, (*on-line version* ISSN 1806-9347) São Paulo, v. 22, n. 43, 2002.p. 164.

[173] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 80.

[174] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 80.

CAPÍTULO 2

2 A RESERVA DE TERRAS PARA OCUPAÇÃO INDÍGENA E A PROTEÇÃO DA POSSE

Neste capítulo, analisar-se-á o direito dos povos indígenas sobre as terras que ocupam, na perspectiva da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, e através de exegese das Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e da Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

Além da perspectiva constitucional, verificar-se-á o tratamento conferido pelo legislador ordinário e complementar às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Tendo em vista que a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) protagoniza a demarcação das terras indígenas, segue-se com o estudo de sua criação e sua finalidade.

Por fim, far-se-á uma análise da questão da terra indígena sob a ótica da titularidade de sua propriedade pela União.

2.1 O BRASIL REPÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891)

A proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, fomentou esperanças por mudanças. No que tangia à questão dos povos indígenas, esses passaram a não constar “no plano político e, como havia ocorrido na primeira Constituição, de 1824, também se deu na primeira Constituição Republicana (de 24 de fevereiro de 1891), [...] não foi reconhecido qualquer direito à pessoa do índio”[175].

Na República, as terras devolutas passaram a pertencer aos Estados, assim a incumbência de reservar terras para a ocupação indígena

[175] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 37.

passou a depender de ato dessas unidades da federação. O art. 64 da Constituição da República do Estados Unidos do Brasil de 1891, previa:

> Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.
>
> Parágrafo único. Os próprios nacionais, que não forem necessários para os serviços da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados[176].

Portanto, pertenciam aos Estados as terras devolutas, cujo conceito aceito na época firmava-se por exclusão: eram terras devolutas todas as que não se encontravam identificadas nos parágrafos do art. 3º, da Lei nº 601 de 1850. Com as terras devolutas pertencendo aos Estados, estes passaram a realizar o processo de colonização no Brasil, negociando terras ou mesmo doando.

O início da República foi marcado pela "institucionalização da proteção estatal com relação aos índios"[177]. A partir de Marechal Cândido Rondon, a política indigenista brasileira começou a ganhar forma. Segundo Orlando Villas Bôas[178], as políticas indigenistas antes de Rondon eram de perfil protetivo religioso: "Mas, com Rondon, passa a haver a ideia de que a proteção ao índio não apenas deveria ser laica, mas função do Estado"[179]. Para Rondon, a incorporação dos índios à sociedade nacional era viável desde que "[...] protegidos pelo Estado, com proteção de suas terras e preservação de sua organização tribal"[180].

---

[176] BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1891. In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol.II, 2001. p. 94.
[177]VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 38.
[178] VILLAS BÔAS, Orlando. 1914-2002. **Orlando Villas Bôas: história e causos.** São Paulo: FTD, 2006. p. 159.
[179] VILLAS BÔAS, Orlando. 1914-2002. **Orlando Villas Bôas: história e causos.** São Paulo: FTD, 2006.p. 159.
[180] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 38.

2.1.1 A Criação e a Autonomia dos Estados (Constituição de 1891)

A Constituição Brasileira de 1891[181] definiu que:

> Art. 1º A Nação brasileira adota como forma de governo, o regime representativo, a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil.
>
> Art. 2º Cada uma das antigas províncias formará um Estado, e o antigo município neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte.
>
> Art. 3º Fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada, para nela estabelecer-se a futura Capital Federal.
>
> Parágrafo único. Efetuada a mudança da capital, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado.

O art. 64[182] estabelece que as terras devolutas pertenciam aos Estados:

> Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas, situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.
>
> Parágrafo único. Os próprios nacionais, que não forem necessários para serviços da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujos territórios estiverem situados[183].

Ainda no ano de 1875, através do Decreto nº 2672 de 20 de outubro, as Câmaras Municipais ganharam espaço e poder, passaram a ter o direito legal de vender as terras das aldeias extintas, ou transformá-las em vilas,

---

[181] BRASIL. Constituição (1891). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol.II, 2001. p. 94.
[182] BRASIL. Constituição (1891). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. II, 2001. p. 94.
[183] BRASIL. Constituição (1891). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol.II, 2001. p. 94.

povoações, ou logradouros públicos[184]. Segundo Cunha, com a proclamação da República:

> [...] a Constituição de 1891 ratificará esse estado de coisas, atribuindo aos estados as terras que eram das províncias. Trata-se, no entanto, especificamente das terras das aldeias extintas e não das terras das aldeias em geral. Estas jamais foram declaradas devolutas[185].

As terras reservadas aos povos indígenas – reserva de terras devolutas – já eram objeto de garantia da Lei nº 601 de 1850[186], "para colonização, aldeamento de indígenas nos distritos, onde existem hordas selvagens" [187] – como já visto anteriormente. Entendeu-se, a partir desse momento, que as terras pertenciam ao Estado Brasileiro e não poderiam ser apropriadas por particulares.

2.1.2 O Serviço de Proteção ao Índio (SPI)

Os índios do Brasil, nos primeiros anos do século XX, eram caçados como animais quando se opunham ao avanço da abertura de novas fronteiras[188]. Era preciso expandir o Brasil; para isso, foi criada a Comissão de Linhas Telegráficas e Estratégicas de Mato Grosso ao Amazonas, depois nomeada de Comissão Rondon, com o intuito de "construir as linhas telegráficas que ligariam as regiões desertas do Mato Grosso e do Amazonas ao circuito de comunicações telegráficas brasileiras"[189]. Não obstante, por ser uma obra de interesse econômico, político e militar, foi de grande alcance científico e humanístico, que ficou aos encargos de Cândido Mariano da Silva Rondon.

---

[184] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 81.
[185] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 81.
[186]http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm.
[187] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm.
[188] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 103.
[189] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970, p. 103.

Ribeiro[190] assinala que, como indigenista, Rondon fez seu início em 1890, quando, recém-graduado na Academia Militar, foi servir no estado do Mato Grosso, na construção da linha telegráfica e estratégica que, partia de Cuiabá e avançava para o Araguaia. Atuou sob o comando do General Gomes Carneiro que, para colocar fim à hostilidade entre sertanejos e os Bororos, proclamou que puniria qualquer agressão praticada contra os índios[191]. Rondon continuou na mesma linha de atuação política "[...] colocando os índios sob a proteção das tropas que comandava, de modo que, ao concluir-se a construção das linhas, já havia conseguido estabelecer relações pacíficas com os Bororós de Garças, pondo fim a um século de choques sangrentos"[192]. Ainda, segundo Ribeiro, "[...] foi Rondon, no curso de seus trabalhos de construção de linhas telegráficas, que fez demarcar as terras [...], conseguindo dos governos do Mato Grosso o seu registro como propriedades tribais"[193].

Em sua missão, Rondon verificou que

> [...] as afirmações sobre indolência irremediável do índio não passavam de justificativa para a exploração a que os submetiam. Sendo os índios a única mão-de-obra [*sic*] da região, só eles poderiam ter aberto as estradas, construído as fazendas e derrubado cada ano as matas para os roçados; mas era preciso ignorar e negar a evidência para justificar a servidão a que os sujeitavam[194].

Rondon e sua equipe, para a elaboração do programa indigenista, aprofundam-se no conhecimento das experiências práticas que os antecederam e dos estudos em vigor. Segundo Ribeiro, dentre estes, destacam-se os estudos do general José Vieira Couto de Magalhães (1837-1898), que em meados do século XIX, criticara o "retrato clássico do índio civilizado"[195]. Couto de Magalhães escreveu: "É, por via de regra, um ente degradado, ou seja, que o esforço dirigido especialmente para conseguir um

[190] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970, p. 104.
[191] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 104.
[192] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 104.
[193] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 104
[194] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 105.
[195] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 124.

homem religioso, se esqueça de desenvolver as ideias eminentemente sociais do trabalho livre"[196].

Couto de Magalhães, citado por Ribeiro, pretendeu propor um sistema de assistência como modo de relação entre Estado- Índio, recomendando:

> ensinar em cada tribo alguns meninos a ler e a escrever, conservando-lhes o conhecimento da língua materna, e sobretudo: não aldear nem pretender governar a tribo selvagem. Deixemo-los com seus costumes, sua alimentação, seu modo de vida. A mudança mais rápida é aquela que só pode ser operada com o tempo, e no decurso de mais de uma geração, pela substituição gradual das ideias e necessidades que eles possuem no estado bárbaro, em comparação com as que há de ter desde que se civilizem. Limitemo-nos a ensinar-lhes que não devem matar aos de outras tribos. É a única coisa em que eles divergem essencialmente de nós. Quanto ao mais, seus costumes, suas ideias morais, sua família, seu gênero de trabalho para alimentar-se, são muito preferíveis, no estado de barbárie em que eles se acham, aos nossos costumes que eles repelem enquanto podem, e aos quais se não sujeitam senão quando enfraquecidos por contínuas guerras, se vêm entregar a nós para evitar a morte e a destruição[197].

Segundo Ribeiro, é sob essa orientação que nasceu o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), em 1910, pelo Decreto nº 8.072[198]. Como mencionado anteriormente, os princípios elaborados por José Bonifácio foram de grande valia na discussão sobre a interpretação da situação acerca da posse ou não de terras pelos povos indígenas. Cunha assinala que "[...] com José Bonifácio, a questão indígena torna a ser pensada dentro de um projeto político mais amplo. Trata-se de chamar os índios à sociedade civil, amalgamá-los assim à população livre e

---

[196] MAGALHÃES, General Couto de. **O selvagem.** Com aditamento de: Curso de língua tupi viva ou nheengatu. São Paulo: Cia Editora Nacional. 1940, p. 146 apud RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro,1970. p. 125.
[197] MAGALHÃES, 1940. p. 283-284 apud RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 125.
[198] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 125.

incorporá-los a um povo que se deseja criar" [199]. Ribeiro destaca que aqueles princípios tornaram-se basilares para a atuação de Cândido Mariano Rondon e na Organização do Serviço de Proteção ao Índio.

> 1º Justiça – não esbulhando mais os índios, pela força, das terras que ainda lhe restam e de que são legítimos senhores;
>
> 2º Brandura, constância e sofrimento de nossa parte, que nos cumpre como a usurpadores e cristãos;
>
> 3º Abrir comércio com os bárbaros, ainda que seja com perda de nossa parte;
>
> 4º Procurar com dádivas e admoestações fazer pazes com os índios inimigos;
>
> 5º Favorecer por todos os meios possíveis os matrimônios entre índios, brancos e mulatos[200].

O então Coronel Cândido Mariano Rondon, foi o primeiro diretor do SPILTN que foi transformado em SPI somente em 1918[201]. Contudo, no ano de 1914, houve o reconhecimento da necessidade de uma especificidade do tratamento da questão indígena. O serviço passou a se ocupar especificamente com o assunto, sendo que as questões quanto à localização de trabalhadores nacionais foram repassadas para outra repartição. As linhas gerais, no que tange ao caráter administrativo, foram mantidas da antiga organização[202].

Convém assinalar que o SPI nasceu após o XVI Congresso dos Americanistas realizado na cidade de Viena, na Áustria, em 1908, quando o Brasil foi publicamente acusado do massacre de índios Kaigang e Xokleng devido ao avanço da colonização de estados como São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso[203].

---

[199] CUNHA, Manuela Carneiro da (org.) **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal da Cultura: FAPESP, 1992. p. 137.
[200] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 124.
[201] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 39.
[202] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 126.
[203] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 38.

Rondon recebeu o título de Marechal em 1940, quando foi nomeado Presidente do Conselho Nacional aos Índios (CNPI)[204]. Entre os objetivos do Serviço de Proteção aos Índios (SPI), segundo o art. 2º, §12º, destaca-se: "Promover, sempre que for possível, e pelos meios permitidos em direito, a restituição dos terrenos que lhes tenham sido usurpados"[205]. Pela primeira vez: "[...] era estatuído, como princípio de lei, o respeito às tribos indígenas como povos que tinham o direito de ser eles próprios, de viver segundo o único modo que sabiam fazê-lo: aquele que aprenderam de seus antepassados"[206].

Conforme assinala Ribeiro, "[...] até então o índio fora tido, por toda legislação, como uma espécie de matéria bruta para a cristianização compulsória e só era admitido enquanto um futuro não-índio [*sic*]"[207]. A proteção ao índio em seu próprio território era outro princípio fundamental, assim acabava-se com os deslocamentos de tribos de seu habitat para a vida dos vilarejos:

> [...] esta técnica de "civilização do índio" fora utilizada, desde sempre, como a principal arma do arsenal de desorganização da vida tribal. Uma vez fora do ambiente em que se tinha criado e onde era eficiente seu equipamento de luta pela subsistência, o índio dificilmente poderia manter a vida comunal e só lhe restava fugir ou submeter-se aos seus dominadores[208].

Se o respeito às tribos indígenas foi colocado como princípio estatutário, a proteção ao índio em seu próprio território veio como princípio fundamental, ficando também proibido o desmembramento da família indígena, pela separação dos filhos dos seus pais, sob pretexto de educar e catequisar[209]. "Na missão, o índio era preparado para uma vida de civilizado que não teria oportunidade de viver. Quando voltava à aldeia, via-se lançado à marginalidade, nem era um índio [...], nem bem era civilizado"[210].

---

[204] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 39.
[205] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 107.
[206] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 127.
[207] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 127.
[208] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 127.
[209] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 127.
[210] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 127.

Com o SPI, “[...] toda a ação assistencial deveria [...] orientar-se para a comunidade indígena como um todo, no esforço de levá-la ao mais alto nível de vida, através da plena garantia possessória, de caráter coletivo e inalienável, das terras que ocupam”[211]. Posteriormente, foi declarada a incapacidade objetiva do índio para interação com os demais cidadãos; com isso a lei passou a atribuir-lhe um estatuto especial[212]. Rondon não participou das formulações; ele assumiu o SPI como diretor e depois como orientador, “[...] graças à sua ação indigenista, o SPI pacificou quase todos os grupos indígenas com que a sociedade brasileira deparou em sua expansão”, sempre fiel a seu lema: “Morrer, se preciso for; matar, nunca!”[213].

Segundo Ribeiro, foi Luiz Bueno Horta Barbosa, que melhor formulou a essência do programa de Rondon:

> O Serviço não procura nem espera transformar o Índio, os seus hábitos, os seus costumes, a sua mentalidade, por uma série de discursos, ou de lições verbais de prescrições, proibições e conselhos; conta apenas melhorá-lo, proporcionando-lhe os meios, o exemplo e os incentivos indiretos para isso: melhorar os seus meios de trabalho, pela introdução de ferramentas; as suas roupas, pelo fornecimento de tecidos e dos meios de usar da arte de coser, à mão e à máquina; a preparação de seus alimentos, pela introdução do sal, da gordura, dos utensílios de ferro etc., as suas habitações; os objetos de uso doméstico; enfim, melhorar tudo quanto ele tem e que constitui o fundo mesmo de toda existência social. E de todo esse trabalho, resulta que o índio torna-se um melhor índio e não um mísero ente sem classificação social possível, por ter perdido a civilização a que pertencia sem ter conseguido entrar naquela para onde o queriam levar[214].

A administração do SPI teve sua sede na capital da República, contudo teve projeção sobre todo território, o acesso às regiões habitadas por grupos indígenas representava uma dificuldade ao programa de Rondon, pois havia grande variação de tradições e línguas; logo, para garantir aos índios a

---

[211] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 128.
[212] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 127.
[213] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 128.
[214] BARBOSA, Luiz Bueno Horta. **Pelo índio e pela sua proteção oficial**. Rio de Janeiro: [s. l.], 1923. p. 25 apud RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 129.

posse das terras que já ocupavam, impedir sua escravização e usurpação territorial, foi necessário contrariar muito interesses políticos e econômicos[215].

O SPI foi se tornando uma:

> [...] instituição de imposição de lei, exatamente nos sertões mais ermos, onde ela jamais pudera imperar. [...] Deveria atuar principalmente sobre potentados locais, os chefes sertanejos que jamais haviam conhecido qualquer norma legal, dos quais dependiam o juiz e todas as autoridades locais e que eram reverenciados pelos políticos como fonte de seus votos e a garantia de suas eleições[216].

Ribeiro[217] assinala que foram três as condições que se colocaram como indispensáveis para a plena aplicação da política indigenista. Foram elas: verba suficiente para financiar o programa, pessoal qualificado para dirigir um processo social de aculturação, assimilação e suficiente autoridade e poder para conseguir impor o programa.

2.2 AS CONSTITUIÇÕES ANTECEDENTES ATÉ A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, os “silvícolas”[218] são mencionados pela primeira vez pelos constituintes, o que se dá em duas passagens. A primeira delas falou da atribuição legislativa da União para tratar sobre a sua incorporação à comunhão nacional[219]. A segunda, tratou das posses dos indígenas sobre as terras que ocupavam, vedando que estes as transferissem. Foi a Constituição de 1934, em seu art. 129, que assegurou: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas

---

[215] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 130.
[216] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 130.
[217] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970. p. 130.
[218] Nomenclatura utilizada à época para referenciar os povos indígenas.
[219] “Título I, Da Organização Federal, Capítulo I, Disposições Gerais, Art. 5º - Compete à União: XIX - legislar sobre: [...] m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.
(BRASIL. Constituição (1934). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras**: 1934.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. III. 2001, p. 117.)

se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las[220].

Além de ter uma linha protetiva em relação às populações indígenas, a Constituição de 1934 incumbiu a União para legislar sobre questões indígenas. O Decreto nº 736 de 1936 trazia mais medidas protetivas. Em seu art. 3º, proibiu que terras indígenas fossem analisadas como devolutas, o artigo também contém a proibição da remoção de grupos indígenas, entre outras medidas protetivas[221].

A ordem constitucional retroagiu, contudo, a respeito do assunto quando da promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, a qual se limitou a tratar sobre o mesmo respeito já conferido à ocupação das terras dos indígenas. No art. 154 da referida Constituição, lê-se: "Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas"[222].

Por sua vez, a Constituição, de 18 de setembro de 1946, repetiu as redações da carta de 1934 no tocante à competência legislativa da União e a posse de terras pelos povos silvícolas como se lê no art. 216: "Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem"[223]. Esse artigo influenciou a redação de artigos protetivos a terras indígenas em constituições vindouras nos Estados do Amazonas, Pará, Maranhão e Mato Grosso.

Já a Constituição de 1967[224], em seu art. 4º, estabeleceu:

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

---

[220]"Título IV, Da Ordem Econômica e Social, Art. 129" (CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1937.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, VOL. IV, 2001. p. 165).

[221] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p.108.

[222] BRASIL. Constituição (1937). CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1937.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. IV, 2001. p. 108.

[223] BRASIL. Constituição (1946). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1937.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. IV, 2001. p. 117.

[224] BRASIL. Constituição (1967). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1967.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. VI, 2001. p. 93.

> I. a porção de terras devolutas indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacional;
>
> II. os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, constituem limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro; as ilhas oceânicas, limítrofes com outros países;
>
> III. a plataforma continental;
>
> IV. as terras ocupadas pelos silvícolas;
>
> V. os que atualmente lhe pertencem; e
>
> VI. o mar territorial.

E, conforme art. 5º: "Incluem-se entre os bens dos Estados e Territórios os lagos em terrenos de seu domínio, bem como rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior"[225].

De acordo com o art. 4°, inciso IV, da Carta de 1967, tais terras integravam a propriedade da União Federal[226], representando outra inovação no ordenamento constitucional. Além dessas passagens, a Constituição de 1967 mencionava os povos indígenas, outorgando competência à União para legislar sobre a nacionalidade, cidadania e naturalização, bem como a incorporação desses povos à comunhão nacional. No art. 8º, lê-se: "Compete à União: [...] XVII - legislar sobre: [...] nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional" [227].

O art. 198 e seus parágrafos aumentaram o campo de abrangência constitucional sobre o assunto. No *caput* do mencionado artigo, foi mantido o direito já assegurado pela Constituição anterior, de posse das terras que ocupassem, além de estabelecer a sua inalienabilidade e o direito dos índios a usufruírem as riquezas naturais desses imóveis.

---

[225] BRASIL. Constituição (1967). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1967.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. VI, 2001. p. 94.

[226] BRASIL. Constituição (1967). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1967.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. VI, 2001. p. 94.

[227] BRASIL. Constituição (1967). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1967.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. VI, 2001. p. 94.

> Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos têrmos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes[228].

Por sua vez, o parágrafo primeiro do art. 198 dispôs que são nulos os títulos que se sobrepõem à posse e ao domínio das terras ocupadas pelos indígenas. O art. 198, § 1º, garante: "Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas" [229].

O § 2º isentou a União Federal e a Fundação Nacional do Índio de indenizar os titulares das terras indígenas, ficando assim definido: "A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio"[230].

As demais disposições da EC 01/1969 que tratavam sobre os silvícolas se limitavam a repetir aquilo que já se encontrava na Constituição de 1967, no tocante à propriedade da União sobre essas terras (art. 4°, inciso IV) e sobre a competência legislativa para tratar sobre a nacionalidade, cidadania e naturalização, bem como a incorporação desses povos à comunhão nacional (art. 8°, inciso XVII, alínea 'o')[231].

Já a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 menciona os índios em diversas passagens, inclusive dedicando o capítulo VIII do título VIII (Da Ordem Social) exclusivamente aos silvícolas. Sobre as terras

---

[228] BRASIL. Constituição (1967). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1967.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. Vol. VI. p. 178.

[229] BRASIL. Constituição (1967). In: CONSTITUIÇÕES, 2001, Vol. VI. p. 178.

[230] BRASIL. **Emenda Constitucional n° 1**, de 17 de outubro de 1969. Brasília, DF: Senado Federal, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 4 ago. 2015.

[231] BRASIL. **Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília, DF: Senado Federal, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 4 ago. 2015.

tradicionalmente ocupadas pelos índios, o art. 20, inciso XI, aduz serem estas propriedades da União[232], mantendo a tradição iniciada pela carta de 1967.

Reconhece aos povos indígenas o direito à posse dessas terras, determinando que compete à União a sua demarcação e a proteção e respeito aos bens dos povos indígenas, bem como conceitua quais são essas terras, aduzindo que:

> Art. 231 [...]
>
> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições[233].

Continua, mencionando que tais terras destinam-se à posse permanente dos povos indígenas e que a eles cabe, com exclusividade, a exploração de seus recursos naturais (art. 231, §2°, CRFB), salvo para o aproveitamento de recursos hídricos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, com a devida autorização do Congresso Nacional.

À semelhança da Emenda Constitucional n° 1 de 1969, confere a inalienabilidade desses imóveis, além de conferir *status* de imprescritibilidade e indisponibilidade aos direitos sobre eles:

> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
>
> § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis[234].

---

[232] BRASIL. Constituição (1988). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1988.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. VII, 2001. p. 78.

[233] BRASIL. Constituição (1988). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1988.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. VII, 2001. p. 206.

[234] BRASIL. Constituição (1988). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1988.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. VII, 2001. p. 206.

Na forma do § 5º, art. 231[235], é proibida a remoção dos indígenas dessas terras, salvo casos excepcionais e após deliberação a respeito do tema no Congresso Nacional, garantindo seu retorno após logo que cesse o risco.

Na exegese da atual conjuntura Constitucional, também são nulos os títulos que afetem as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, não gerando aos titulares quaisquer direitos à indenização pela União Federal, com exceção das benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé. Contudo, em caso de relevante interesse público, pode ser conferida validade aos mencionados títulos, desde que regulamentado através de Lei Complementar.

De acordo com o art. 174, § 3° e § 4°, da CRFB, as cooperativas detêm preferência na autorização e na concessão de pesquisa e lavra de recursos e jazidas de minerais garimpáveis. Entretanto, se a localidade em questão for ocupada tradicionalmente pelos silvícolas, esse privilégio não se aplica: “Art. 231. [...] § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º”[236].

Já o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) concede o prazo de cinco anos para a União demarcar as terras indígenas no território nacional, contados a partir da promulgação da Constituição de 1988. Por sua vez, o art. 68 do ADCT confere a propriedade aos remanescentes das comunidades dos quilombos, nas terras por eles ocupadas, devendo o Estado conferir-lhes os respectivos títulos.

Com relação ao aspecto temporal da caracterização de terras ocupadas tradicionalmente pelos índios, o Desembargador Federal do TRF4 Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, em recente decisão, esclarece qual a sistemática adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

> O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Petição nº 3.388/RR (histórico caso da Raposa Serra do Sol, considerado como *leadind case* da matéria), adotou a data da promulgação dela Constituição Federal (5 de outubro de 1988) como marco temporal para aferir se o

[235] BRASIL. Constituição (1988). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1988.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. VII, 2001p. 206.
[236] BRASIL. Constituição (1988). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1988.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. VII, 2001p. 207.

> espaço objeto de demarcação constitui-se em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Trata-se de insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. A tradicionalidade da posse indígena também não se perderia se, ao tempo da promulgação, ela não fosse exercida por efeito de encontrar-se ocupada/esbulhada por não indígenas, desde que latente a vontade dos aborígenes na manutenção da posse, no sentido de perpetuar seus aspectos etnográficos naquele local [237].

Nota-se que, a partir da Constituição de 1967, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são de propriedade da União Federal, enquanto os indígenas dispõem tão somente de sua posse. Portanto, vale relembrar suas diferenças.

A posse é um fato que permite o exercício do direito de propriedade, mas não necessariamente em toda a sua amplitude. O possuidor age como se proprietário da coisa fosse; contudo, na realidade, nem sempre o é. No caso das terras indígenas, podemos afirmar que os índios detêm o *ius possessionis*, que se traduz na possibilidade de exercitar pelo menos um dos direitos de propriedade, em que pese os possuidores não serem legítimos proprietários da coisa[238].

Já a propriedade, nos termos do art. 1.228 do Código Civil, é "[...] a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha"[239], que sempre será da União, de acordo com o art. 231 da Constituição da República.

---

[237] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível e Reexame Necessário nº 5001335-13.2012.404.7012**. Relator: Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior. Porto Alegre, 26 de junho de 2015. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7599684>. Acesso em: 10 ago. 2015.

[238] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil** – Direitos reais. v. 5. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 30 e ss.

[239] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 ago. 2015.

2.3 A CRIAÇÃO DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI)

A Fundação Nacional do Índio (FUNAI), criada pela Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, sucede uma lista de serviços anteriores – o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), criado pelo Decreto nº 8.072 de 20 de junho de 1910, e o Serviço de Proteção aos Índios (SPI) criado em 1918, como já tratado, anteriormente, no capítulo primeiro[240].

A FUNAI nasceu com o objetivo de estabelecer diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, administrar o patrimônio indígena, promover estudos e pesquisas, dar assistência médica e sanitária aos índios, promover a educação e a integração dos índios, exercitar o poder de polícia nas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, bem como a sua demarcação[241].

Inicialmente, a política para os povos indígenas teve o perfil de tutela – os índios eram tratados como se fossem órfãos, sendo encaminhados para o Juiz de Órfãos. O Código Civil vigente considera os índios relativamente incapazes, deixando a regulamentação a cargo de Lei especial[242]. Essa Lei é o Estatuto do Índio, que condiciona a concessão da capacidade plena ao indígena, desde que requeira em Juízo e:

> I - idade mínima de 21 anos;
>
> II - conhecimento da língua portuguesa;
>
> III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;
>
> IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional[243].

---

[240] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 39.

[241] BRASIL. 1967.

[242] "Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
[...]
Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial." (BRASIL. 2002.).

[243] BRASIL. **Lei nº 6.001**, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 28 de set. 2015.

Após a oitiva da FUNAI e do Ministério Público, o juiz, se entender preenchidos os requisitos, prolatará sentença determinando o registro civil do índio que se tornará absolutamente capaz para os atos da vida civil.

Essa condição de incapacidade da comunidade indígena acaba por ocasionar importantes incumbências à FUNAI, condicionando a validade de atos praticados pelos indígenas à intervenção da Fundação. Cabe, portanto, à FUNAI tutelar os povos indígenas.

Como consequência da referida tutela, conforme observa Luiz Fernando Villares, há o entendimento de que a FUNAI pode ser responsabilizada pelos atos ilícitos cometidos pelos indígenas. O autor critica as decisões judiciais nesse sentido, argumentando que a FUNAI sequer possui regulamento do seu poder de polícia, observando que, na prática, os próprios servidores da Fundação são constantemente agredidos pelos índios[244].

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, apesar de prevalecer o entendimento da responsabilidade da FUNAI, existem decisões nos dois sentidos. Quanto à responsabilização da Fundação:

> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS ILÍCITOS PRATICADOS POR INDÍGENAS. OMISSÃO. DANOS MATERIAIS. DEVER DE INDENIZAR. O autor não tem legitimidade para, em nome próprio, defender direito alheio, pleiteando a reparação de danos causados a outros proprietários da área invadida por indígenas. Comprovada a ocorrência de danos decorrentes de invasão de área por indígenas, é legítima a pretensão indenizatória do proprietário, respondendo a Fundação Nacional dos Índios por sua omissão. Ainda que se reconhecesse que os silvícolas que agiram no caso concreto estão perfeitamente integrados à sociedade, não há como afastar a responsabilidade da FUNAI pelos danos decorrentes de ilícitos por eles praticados, porque, na condição de representante do Poder Público nas causas indígenas, omitiu-se indevidamente, ao deixar de intervir no conflito que se anunciava entre indígenas e brancos (culpa *in vigilando*) e que culminou com a invasão de terras de propriedade da parte autora, mas reivindicada pelos indígenas que

[244] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 76-77.

> causaram os danos cuja reparação se pretende com a presente demanda[245].

Em sentido oposto:

> UNIÃO. FUNAI. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. - A Constituição Federal, em seu artigo 232, proclama o direito dos índios de ingressar em juízo em defesa dos seus direitos e interesses, reconhecendo, portanto, a capacidade processual ativa dos indígenas[246].

Vale observar que esta responsabilidade do órgão indigenista se limita ao âmbito civil. Quando se tratar de ilícito criminal cometido por indígenas, a pena não se estende à FUNAI. Caso contrário, estaria ultrapassando os limites do art. 5º, inciso XLV, da Constituição, segundo o qual "nenhuma pena passará da pessoa do condenado"[247].

Todavia, a grosso modo, os índios não se submetem ao regime penal comum. O Estatuto do Índio recomenda que a pena seja atenuada, observando, na sua aplicação, o grau de integração do apenado. Quando possível, a pena será cumprida nas dependências da FUNAI, em regime especial de semiliberdade[248].

Além disso, o Estatuto do Índio tolera a aplicação da jurisdição indígena, pelos grupos tribais, desde que as penas não sejam cruéis ou

---

[245] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5000068-53.2010.404.7213**. Relatora: Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 01 de setembro de 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7714286&>. Acesso em: 28 set. 2015.

[246] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.022826-1**. Relatora: Des. Federal Vânia Hack de Almeida. Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7714286&>. Acesso em: 28 set. 2015.

[247] BRASIL. Constituição (1988). In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras: **1988.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. VII, 2001. p. 207.

[248] "Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.
Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado." (BRASIL. 1973)

infames, vedada a pena de morte em qualquer hipótese[249]. De fato, ao pesquisar a aplicabilidade do art. 56 do Estatuto do Índio no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se apenas 16 decisões, e no Supremo Tribunal Federal a pesquisa restou inexitosa.

Quanto à inaplicabilidade da regalia indígena, a tese do autor foi confirmada, encontrando-se as seguintes decisões paradigmas:

> HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2.°, III, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PACIENTE. INDÍGENA. INTEGRADO À SOCIEDADE (POSSUI TÍTULO DE ELEITOR E DOMÍNIO DA LÍNGUA PORTUGUESA). INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ESTATUTO DO ÍNDIO. PENA DEFINITIVA FIXADA EM 12 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. (3) WRIT NÃO CONHECIDO. [...]
>
> 2. Esta Corte firmou o entendimento de que o indígena integrado à sociedade, nos termos do art. 4.°, III, do Estatuto do Índio, não se enquadra ao disposto no art. 56, parágrafo único, do aludido Estatuto (cumprimento de pena em regime especial semiaberto), sendo, de rigor, a sua sujeição às leis penais impostas aos cidadãos comuns. Na espécie, o Tribunal a quo afirmou que o paciente possui título de eleitor e domínio da língua portuguesa, evidenciando que está integrado à sociedade, fato que respalda a aplicação do art. 33, § 2°, a, do Código Penal, uma vez que a pena foi fixada em 12 (doze) anos de reclusão[250].

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE INCÊNDIO.
>
> INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE BRASILEIRA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DO ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 6.001/73.
>
> IMPOSSIBILIDADE.

---

[249] "Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte." (BRASIL. 1973).

[250] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 243.794/MS**, Brasília, 24 de março de 2014. Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1303652&num_registro=201201086078&data=20140324&formato=PDF>. Acesso em: 29 set. 2015.

> 1. Este Tribunal Superior possui entendimento firmado de que o art. 56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/76 (Estatuto do Índio), a embasar a pretensão de atenuação da reprimenda, somente se destina à proteção do silvícola não integrado à comunhão nacional; ou seja, esse dispositivo legal não pode ser aplicado em favor do indígena já adaptado à sociedade brasileira.
>
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento[251].

Todavia, há decisões aplicando o benefício:

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO.
>
> PACIENTE INDÍGENA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL NÃO DEMONSTRADA ANTE A AUSÊNCIA DE SUBSTRATO FÁTICO QUE AMPARE A ALEGAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA SATISFATORIAMENTE FUNDAMENTADA NO REQUISITO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, POIS O ACUSADO SE ENCONTRA FORAGIDO DESDE A PRÁTICA DO DELITO. POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA CUSTÓDIA CAUTELAR EM ÓRGÃO FEDERAL DE ASSISTÊNCIA AO ÍNDIO, EX VI DO DISPOSTO NO ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 6.001/973.
>
> [...]
>
> 4. Sendo assegurado aos silvícolas o benefício de cumprimento de penas privativas de liberdade em órgão de assistência ao índio, tem-se como plenamente plausível a concessão de tal benefício ao paciente para que cumpra a prisão provisória no referido estabelecimento.
>
> 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, concedido tão somente para assegurar ao paciente, índio pataxó, que permaneça durante o período da prisão preventiva, recolhido junto ao órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua aldeia ou residência[252].

---

[251] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em **Recurso Especial nº 1361948/PE**, Brasília, 10 de setembro de 2013. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=636408&num_registro=200600495208&data=20060821&formato=PDF>. Acesso em: 29 set. 2015.

[252] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 55.792/BA**, Brasília, 26 de junho de 2006. Rel. Ministra LAURITA VAZ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=636408&num_registro=200600495208&data=20060821&formato=PDF>. Acesso em: 29 set. 2015.

Entende-se que o simples fato de a maioria das decisões não aplicar a regalia penal em virtude da perda de condição de indígena não é sinônimo de negação à vigência do disposto no art. 56 do Estatuto do Índio.

Com o devido respeito, contudo, o pensamento de Marés de Souza Filho, que defende que os Tribunais transformaram o art. 56 em “Lei morta”[253], em virtude de a maior parte dos Acórdãos decidirem pela inaplicabilidade por se tratar de agente que perdeu sua condição de indígena, na forma do art. 4º, inciso III, do Estatuto do Índio, não se justifica.

Os julgadores não controlam os fatos sociais; por isso, não podem aplicar um dispositivo legal a fim de confirmar a sua vigência sem que um fato que se enquadre na exata hipótese prevista na norma tenha ocorrido no mundo dos fatos. Se os crimes que são levados à apreciação de uma Corte foram cometidos tão somente por índios já inteirados à sociedade não indígena, é ilegítimo forçar os juízes a aplicar um privilégio não estendível àqueles réus.

Ademais, conforme decisão supratranscrita, o Superior Tribunal de Justiça já aplicou o benefício em determinado caso. E, por outro lado, sabendo que os próprios indígenas podem aplicar sansões aos seus pares, por que não aceitar que, em caso de delitos cometidos por indígenas não integrados, já não o são penalizados pela justiça indígena, na forma do art. 57 do Estatuto do Índio, de modo a afastar a apreciação do ilícito pelo Judiciário?

Voltando às incumbências da Fundação Nacional do Índio, verifica-se que, entre outras, há o dever de demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas. Em virtude da importância do assunto frente ao presente trabalho, dedicou-se um subcapítulo específico para o tema na forma que segue.

---

[253] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1. ed., (ano 1998), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 114.

2.4 O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE IDENTIFICAÇÃO E DEMARCAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS

Uma vez que a ordem constitucional visou assegurar o direito de os índios preservarem sua cultura, resguardando a posse das terras que tradicionalmente ocupam, cabe analisar como se efetiva o procedimento de demarcação das terras indígenas.

Conforme já mencionado na análise do ordenamento constitucional, à União compete demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Trata-se de competência exclusiva. Nos termos do art. 19 do Estatuto do Índio[254], tal atribuição foi conferida ao Executivo Federal, que a regulamentou ao instituir o Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, e a Portaria nº 14, de 1996, do Ministério da Justiça.

Atualmente, a delimitação das terras indígenas é incumbência da Fundação Nacional do Índio, mas o ato administrativo de demarcação é de competência exclusiva do Presidente da República, que o edita através de decreto[255].

Villares observa que "[...] cada vez menos povos indígenas não têm qualquer reconhecimento formal de parte das suas terras. Até agora, o Estado brasileiro fez um esforço inigualável, único no mundo, para garantir aos índios a posse e o usufruto de seus territórios"[256].

Por outro lado, Carlos Frederico Marés de Souza Filho critica o fato de que ainda existam terras indígenas não demarcadas, alegando que a União está em débito com os povos indígenas, tendo em vista que não cumpriu o prazo de cinco anos previsto no art. 65 do Estatuto do Índio e do art. 67 do ADCT[257].

---

[254] "Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo". (BRASIL. 1973).
[255] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 127.
[256] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 126.
[257] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1. ed., (ano 1998), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 150.

Já Helder Girão Barreto aponta para as controvérsias que o assunto enseja – por exemplo, o conflito entre os posicionamentos de alguns autores, citados nos parágrafos anteriores deste estudo. Em suas palavras, a demarcação das terras indígenas

> [...] é fonte de polêmicas e disputas judiciais e doutrinárias intermináveis, sobretudo fincadas na definição da natureza – declaratória ou constitutiva – daquela atividade administrativa. Há, também, fatores ideológicos que não podem ser *olvidados*. Certo é que, a cada nova tentativa de demarcação, o reconhecimento dos direitos indígenas é empurrado ainda mais para o campo da litigiosidade[258].

Assim, o processo administrativo é iniciado pelo conhecimento da FUNAI acerca "[...] de uma terra indígena a ser demarcada ou um pleito, seja dos próprios índios, de suas organizações ou de entidades não governamentais"[259]. Nos termos do art. 2º do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996[260], o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas inicia-se com a realização de estudos antropológicos, por profissional da área, nomeado pela Portaria de nomeação editada pela FUNAI:

> No referido Decreto 1.775/96, há que se observar, emerge de seu texto uma *contradictio lege* (fere letalmente a liciedade do objeto), quando cria um "grupo técnico especializado", coordenado por um *antropólogo*, "com finalidade de realizar estudos" (dentre os quais jurídicos) "necessários à delimitação" da área indígena. Deste grupo, o que era de se esperar seria fazer prospecção no sentido de identificar ou não possíveis áreas indígenas; estranhamente, *tem por fim delimitá-las*[261].

O procedimento imprescinde "[...] da prática de alguns atos aos quais a Funai denomina identificação e delimitação prévia representados na colheita de informações ambientais, históricas, cartográficas e fundiárias, a fim

---

[258] BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003. p. 106-107.
[259] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 127.
[260] BRASIL. **Decreto nº 1.775**, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 6 de set. 2015.
[261] STEFANINI, Luiz de Lima. **Código indígena no direito brasileiro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 160.

de justificar o encetar do procedimento”[262], colhidas por um grupo técnico. A comunidade indígena envolvida participa do procedimento em todas as fases; e, quando necessário, o grupo técnico pode solicitar a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos.

Conforme assegura Villares:

> [...] é corrente para realização do levantamento fundiário ou para a avaliação de benfeitorias, numa etapa posterior ao procedimento, que o grupo de trabalho conte com a participação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrícola – Incra ou dos órgãos fundiários estatuais[263].

Encerrados os trabalhos, o grupo técnico apresentará seu relatório final para a FUNAI; em caso de aprovação, o relatório será publicado no Diário Oficial da União, no Diário Oficial da unidade federada onde se encontra o território a ser demarcado e será afixado na sede da Prefeitura Municipal. Após a publicação, os particulares interessados, bem como o Estado e o Município da localidade da área demarcada, poderão apresentar contestação, no prazo de 90 (noventa) dias.

Com relação à notificação editalícia dos interessados, os princípios do contraditório e da ampla defesa são colocados “em xeque”. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes observou que a garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, compreendem os direitos de informação; de manifestação oportuna e o direito de ver seus argumentos comparados, assim como também observado no direito alemão, com o qual faz uma comparação:

> Daí afirma-se, corretamente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:
> 1) Direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
> 2) Direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

---

[262] STEFANINI, Luiz de Lima. **Código indígena no direito brasileiro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 158-159.
[263] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 129.

> 3) Direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas[264].

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal consolidou sua jurisprudência, consagrando o entendimento de que a garantia do contraditório e da ampla defesa se aplica a qualquer processo, judicial ou administrativo:

> Recurso ordinário em mandado de segurança. 2. Direito Constitucional e Comparado: CF 5º, LV e Anspruch auf rechtliches Gehör. 3. Procedimento administrativo e Lei 9.784/99. 4. Violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório configurada. 5. Precedente: Agr.R RE 426.147. Não apreciado o mérito administrativo, senão faltas procedimentais. 6. Recurso ordinário provido.

Retira-se do voto do relator do RMS 31661/DF:

> Dessa perspectiva, não se afastou a Lei 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 2º desse diploma legal determina, expressamente, que a Administração Pública obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório. No parágrafo único, estabelece que, nos processos administrativos, serão observados, dentre outros, os critérios de "observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados" (inciso VIII) e de "garantia dos direitos à comunicação" (inciso X).[265]

Como se vê, dentre as vertentes do contraditório e da ampla defesa, está o direito de informação, e este enseja uma duvidosa constitucionalidade da notificação dos interessados por edital, que muito provavelmente não tomarão ciência do procedimento demarcatório. Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu que ninguém é obrigado a ler o diário oficial, e

---

[264] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.268**. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>. Acesso em: 15 set. 2015.

[265] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 31.661**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 05 de fevereiro de 2004http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=5808181&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RMS%20/%2031661

(todos sabem) não é natural que os cidadãos leiam religiosamente a imprensa oficial.

Assim, os demais direitos implícitos aos princípios analisados (direito de manifestação, de ver seus argumentos considerados e isenção de ânimo no julgamento) ficariam impedidos de serem exercitados, uma vez que o desconhecimento do acontecimento os impede de serem exercidos.

Além disso, em 29 de janeiro de 1999, a União Federal editou a Lei nº 9.784, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, que estabelece a norma básica sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta.

Essa Lei, em seu art. 3º, inciso II, garante como direitos do administrado o de ter ciência da tramitação do processo em que tenha a condição de interessado, o que não vem sendo cumprido pela Fundação Autárquica (FUNAI), por virtude da citação editalícia prevista no Decreto nº 1.775/96.

A falta de comunicação pessoal aos interessados, no início do processo, pode implicar que o levantamento fundiário e o laudo antropológico sejam produzidos unilateralmente pela FUNAI, sem o devido contraditório, o que os macula de nulidade, por ofensa aos do art. 2º, § 8º, do Decreto nº 1.775/96, art. 3º, inciso II, da Lei nº 9.784/99 e aos art. 5º, LV e 37, caput, da Constituição do Brasil.

Vale ressaltar que, em caso semelhante ao estudado, com relação à notificação por edital dos interessados na demarcação de terrenos de marinha, que também integram o patrimônio da União Federal, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a ilegalidade do procedimento, por ferir o contraditório a e ampla defesa:

> PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ADMINISTRATIVO. LAUDÊMIO. NÃO INCIDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. TERRENOS DE MARINHA. DEMARCAÇÃO. CHAMAMENTO DAS PARTES INTERESSADAS POR EDITAL. NULIDADE. CITAÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE.
>
> [...]

> 2. Por força da garantia do contraditório e da ampla defesa, a citação dos interessados no procedimento demarcatório de terrenos de marinha, sempre que identificados pela União e certo o domicílio, deverá realizar-se pessoalmente. Somente no caso de existirem interessados incertos, poderá a União valer-se da citação por edital.
>
> 3. Após a demarcação da linha de preamar e a fixação dos terrenos de marinha, a propriedade passa ao domínio público e os antigos proprietários passam à condição de ocupantes, sendo provocados a regularizar a situação mediante pagamento de foro anual pela utilização do bem. *Permitir a conclusão do procedimento demarcatório sem a citação pessoal dos interessados conhecidos pela Administração representaria atentado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como à garantia da propriedade privada.*
>
> 4. No que se refere ao disposto no art. 1º do Decreto-lei 2.398/87, em que o recorrente faz alegações acerca da suposta irregularidade do reajuste da taxa de ocupação, o conhecimento da matéria perde o sentido, considerando-se a nulidade do processo dessa cobrança, na forma exposta anteriormente.
>
> 5. Recurso especial conhecido em parte e provido[266].

Contudo, o Supremo Tribunal Federal se manifestou pela constitucionalidade do Decreto nº 1.775/96, frente ao princípio da ampla defesa. Como evidenciou a ementa do MS 21.649[267], "[...] o Decreto 1.776/96

---

[266] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1146557/SC**. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 25 de maio de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9888131&num_registro=200901222712&data=20100609&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 15 set. 2015.

[267] Mandado de segurança. - Tendo sido editado o Decreto nº 1775/96, que garantiu o contraditório e a ampla defesa também aos proprietários que já estavam com seus imóveis demarcados como terras indígenas, desde que o decreto homologatório não tenha sido objeto de registro em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, e, portanto, estando ainda em curso a demarcação, ficaram prejudicados o incidente de inconstitucionalidade relativamente ao Decreto nº 22/91 e a alegação de cerceamento de defesa. - De há muito (assim, a título de exemplo, nos MS 20.751, 20.723, 20.215, 20.234, 20.453 e 21.575), esta Corte vem acentuando que a comprovação, quando contestada como no caso o foi, da inexistência da posse indígena não se faz de plano, mas, ao contrário, necessita da produção de provas, inclusive pericial, sendo, assim, questão de fato controvertida, insusceptível de ser apreciada em mandado de segurança que exige a certeza e a liquidez do direito. Mandado de segurança que se julga prejudicado em parte e na outra parte é ele indeferido, ressalvadas, porém, ao impetrante as vias ordinárias". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21.649**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 1 de junho de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020796&base=baseAc

não viola o princípio da ampla defesa. Em verdade, essa nova norma veio corrigir erros do decreto anterior que disciplinava a matéria (Decreto nº 22/91)"[268]:

Além da notificação por edital, "salta aos olhos" o fato de ser publicado um resumo do relatório emitido pela FUNAI, o que prejudica o direito de defesa dos interessados que, para se manifestar, não poderão nem ter acesso à íntegra do documento. Isso, evidentemente, acabará impedindo a elaboração de uma defesa completa.

Em sentido radicalmente contra a presença do contraditório no procedimento de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, a opinião de Souza Filho, é expressa nas seguintes palavras:

> Convém deixar claro que a demarcação de terras indígenas não constitui nem desconstitui direitos, e, da mesma forma que não é necessário contraditório para o Poder público declarar uma árvore imune de corte ou uma área de proteção permanente, não necessita ponderar contra-argumentos para reconhecer o caráter indígena de uma terra. Se alguém se sentir prejudicado pelo reconhecimento, deve buscar a reparação de seus direitos violados não pelos povos indígenas, mas por atos anteriores ao seu reconhecimento [...]. Mas assim tem sido a história, cada vez que a generosidade do povo brasileiro avança incorporando em suas constituições maiores e melhores garantias aos povos indígenas, a mesquinhez dos governos descobre um senão, uma armadilha, um procedimento para dificultá-lo. Este expediente agora se chama procedimento contraditório[269].

Encerrado o prazo para o exercício de defesa, a FUNAI encaminhará a conclusão para o Ministro de Estado da Justiça que decidirá: (I) declarando, por meio de Portaria, os limites da terra indígena e determinando sua demarcação; (II) determinando a realização de diligências que julgar

---

ordaos>. Acesso em: 22 set. 2015.)

[268] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.045**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 24 de abril de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86078>. Acesso em: 22 set. 2015.

[269] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1. ed., (ano 1998), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 152-153.

necessárias; (III) rejeitando o relatório e determinando o retorno dos autos à FUNAI.

Nos termos do art. 5º do Decreto nº 1.775/96, a homologação da demarcação ocorrerá mediante Decreto Presidencial. O art. 6º, por sua vez, determina que seja registrada a homologação no ofício de imóveis, bem como nos registros da Secretaria do Patrimônio da União. Já a primeira passagem da Portaria nº 14/1996 do Ministério da Justiça afirma que o registro no ofício de imóveis possui o efeito declaratório do domínio da União e desconstitutivo do domínio privado eventualmente incidente sobre a área.

Tendo em vista que a aquisição da propriedade das terras indígenas na maneira descrita na Portaria nº 14/1996 do Ministério da Justiça extrapola o texto do Estatuto do Índio, foi digna de críticas por parte do Desembargador Federal Luiz de Lima Stefanini:

> Por sua vez, o art. 19 da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio) dispõe que "§1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras". É tudo quanto dispõe. O registro em livro imobiliário da União não lhe confere direito patrimonial porquanto não extrapola a natureza administrativa deste ato e em livro do registro imobiliário, dada a natureza do ato causal, não vai além da anotação cautelar[270].

Ademais, nos termos do art. 252 da Lei 6.015/73, "[...] o registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido"[271].

Em que pesem as críticas, Villares anota qual a situação jurídica que se encontrará a União e os indígenas envolvendo a terra demarcada e homologada por decreto presidencial:

---

[270] STEFANINI, Luiz de Lima. **Código indígena no direito brasileiro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 160.

[271] BRASIL. **Lei nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 17 set. 2015.

> O direito indígena de habitar suas terras e delas usufruir é anterior ao reconhecimento formal pelo Estado, no entanto, com a edição do decreto homologatório surge uma série de obrigações e prerrogativas da União em relação à terra indígena. Há o dever de fiscalizar qualquer ilegalidade perpetrada, seja o uso indevido das riquezas naturais pelos não-índios [*sic*], o garimpo, a mineração, o aproveitamento hidrelétrico de seus rios, a invasão e o arrendamento das terras etc. Ou seja, demarcada uma terra, a União deve, escorada no poder de polícia administrativo que lhe é peculiar, agir de ofício, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, para estancar as ilegalidades cometidas[272].

Dentre as fiscalizações, destaca-se que verificada a presença de um não-índio a União deverá providenciar, com prioridade, o seu reassentamento, ou seja, removerá o cidadão da área indígena (art. 4º, Decreto nº 1.775/96)[273].

Em princípio, pode-se entender pela preservação dos interesses indígenas quando da edição da norma que determina a proibição de "[...] pessoas estranhas" a tais áreas. Contudo, em determinados casos, este comando pode se traduzir em flagrante inconstitucionalidade, por desrespeito ao direito de ir e vir dos indivíduos, insculpido no art. 5º, inciso XV, da Constituição da República. Um exemplo que demonstra a supressão desse direito fundamental é o Estado de Roraima, em que cerca de 46% do seu território compreende terras indígenas[274]. O resultado dessa realidade é que os cidadãos roraimenses não-índios dispõem de acesso a tão somente pouco mais da metade do território estadual. Todavia, a recíproca não é verdadeira, ou seja, os índios de Roraima podem acessar quaisquer bens de uso comum do povo localizados no âmbito daquele Estado.

Recentemente, em função das diversas polêmicas envolvendo a região da Raposa Serra do Sol, entre as quais se destacam a presença de não-

---

[272] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 134.

[273] "Os ocupantes não-indígenas [*sic*] devem sair assim que a terra indígena for homologada, pois o usufruto das terras passa a ser exclusivo dos índios que a habitam, podendo haver retirada compulsória" (VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 134).

[274] ALBARADO, Ádria. Roraima: 46% do território pertence a povos indígenas. **Portal Amazônia**. 19 de abr. 2013. Disponível em: <http://www.portalamazonia.com.br/editoria/atualidades/roraima-46-do-territorio-pertence-a-povos-indigenas/>. Acesso em: 6 set. 2015.

índios em terras indígenas, o Judiciário chegou a implementar um polo de conciliação inédito no país[275].

Dentre as causas de conflitos, está a expansão das fronteiras agrícolas, conforme observado por crítica emanada de Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

> O Estado brasileiro que deveria adiantar-se à expansão das fronteiras agrícolas marcando por antecipação as terras indígenas não tem o feito, deixando de cumprir seu papel nestes anos todos. A consequência direta disto é que muitas áreas, há anos dentro das fronteiras agrícolas, ainda não estão demarcadas, gerando conflitos sérios entre povos indígenas e populações não índias, tanto com grandes propriedades, como com populações pobres, desassistidas, como os indígenas, pelo Estado[276].

Por fim, vale anotar que, de acordo com art. 1º, inciso XVII, da Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012, da Advocacia Geral da União, é vedada a ampliação de terra indígena já demarcada[277].

---

[275] "O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Ricardo Lewandowski, inaugurou na sexta-feira (4) o primeiro polo de conciliação indígena de um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) no país, localizado na Comunidade Maturuca, dentro da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. 'É um avanço muito importante para o Judiciário brasileiro', disse o ministro, ressaltando o caráter inédito dessa iniciativa. Segundo Lewandowski, o Poder Judiciário 'está convencido de que deve assegurar os direitos indígenas sem quaisquer restrições'. "Para o lançamento desse polo, 16 índios foram treinados e poderão atuar nas mediações de conflitos que surjam dentro da própria reserva, com o intuito de resolver os casos antes que cheguem aos tribunais. O polo indígena do Cejusc é subordinado à comarca de Pacaraima, município próximo à Comunidade Maturuca". (BRASIL. Ministro Lewandowski inaugura polo de conciliação indígena inédito no país. **Supremo Tribunal Federal**. 5 set. 2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299145>. Acesso em: 6 set. 2015).

[276] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1. ed., (ano 1998), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 152-153.

[277] "O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal e o art. 4º, incisos X e XVIII, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e considerando a necessidade de normatizar a atuação das unidades da Advocacia-Geral da União em relação às salvaguardas institucionais às terras indígenas, nos termos do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388-Roraima (caso Raposa Serra do Sol), cujo alcance já foi esclarecido por intermédio do PARECER nº 153/2010/DENOR/CGU/AGU, devidamente aprovado, resolve:
Art. 1º. Fixar a interpretação das salvaguardas às terras indígenas, a ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, determinando que se observe o decidido pelo STF na Pet. 3.888-Roraima, na forma das condicionantes abaixo: [...] XVII – é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada". (BRASIL. Advocacia Geral da União. **Portaria nº 303**, de 16 de julho de 2012. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/596939>. Acesso em: 18 set. 2015).

2.4.1 Benfeitorias

Nos termos do parágrafo sexto do art. 231 da Constituição da República de 1988, os títulos que tenham por objeto a posse ou o domínio de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são nulos e serão extintos. A parte final do referido dispositivo menciona que os ocupantes não-índios dessas terras não possuem direito à indenização, fazendo ressalva quanto às benfeitorias de boa-fé.

De acordo com Silvio de Salvo Venosa, "[...] benfeitorias são obras ou despesas feitas na coisa, para o fim de conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la. Decorrem, portanto, da atividade humana. Não são benfeitorias os acréscimos naturais à coisa"[278].

O art. 96 do Código Civil[279] divide as benfeitorias em voluptuárias, úteis e necessárias. As primeiras são acréscimos supérfluos, com fins dispensáveis, superabundantes. As segundas são aquelas que aumentam ou facilitam o uso do bem. Por fim, as necessárias são as essenciais para a continuidade do uso da coisa, sem as quais pode até se correr risco de vida/saúde ao utilizar o bem.

A regra geral do Código Civil é de que o possuidor de boa-fé detém o direito de receber indenização das benfeitorias úteis, necessárias e voluptuárias. Quanto às voluptuárias, pode levantá-las, em caso de não pagamento da indenização. Poderá, ainda, reter a coisa enquanto não forem pagas as benfeitorias úteis e necessárias[280].

> Desse modo, o possuidor de boa-fé não apenas tem o direito a receber o valor das benfeitorias necessárias e úteis, como, também, pode reter a coisa enquanto não for paga. O direito de retenção do possuidor de boa-fé é modalidade de garantia no cumprimento da obrigação. Com a retenção, o possuidor exerce coerção sobre o retomante para efetuar o pagamento. O direito de

[278] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil** – Direitos reais. v. 5. 12. ed. São Paulo: Atlas 2012. v. 5. p. 108.
[279] BRASIL, Código Civil. Art.96. São Paulo: Saraiva, 2014.
[280] "Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis." (BRASIL. 2002).

> retenção é oposto como modalidade de defesa do possuidor, que inibe a entrega do bem até que seja satisfeita a obrigação. Cuida-se de faculdade à disposição do possuidor de boa-fé de conservar a coisa alheia até o pagamento das benfeitorias mencionadas[281].

Com relação à posse de má-fé, o Código Civil apenas veda o enriquecimento sem causa (art. 884, da Constituição Federal de 1988)[282], garantindo ao possuidor o direito de indenização apenas com as necessárias, e retirando-lhe a possibilidade de levantar as voluptuárias[283]. Trata-se de uma forma de punir a má-fé.[284]

Quando versar sobre terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, a norma insculpida na Constituição permite a indenização apenas das benfeitorias quando o possuidor for de boa-fé:

> Art. 231 [...]
>
> § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção do direito à indenização ou à ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé[285].

Para Villares, a indenização apenas das benfeitorias de boa-fé se justifica no fato de que, caso a União Federal fosse obrigada a indenizar todos que estivessem em terras indígenas, inexistiriam condições orçamentárias que

---

[281] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil** – Direitos reais. v. 5. 12. ed. São Paulo: Atlas 2012. v. 5. p. 109.

[282] "Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.
Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido" (BRASIL. 2002).

[283] "Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé, serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias" (BRASIL. 2002).

[284] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil** – Direitos reais. v. 5. 12. ed. São Paulo: Atlas 2012. v. 5. p. 110.

[285] BRASIL. 1988. In: CONSTITUIÇÕES, 2001, Vol. VII. p. 206.

proporcionassem a demarcação em todo o território nacional. O mesmo autor defende, ainda, que os ocupantes não índios sem boa-fé não devem ser indenizados pelo fato de estarem em uma situação irregular[286].

Percebe-se que o constituinte condicionou a existência de uma Lei que normatizasse as indenizações. Contudo, o legislador ainda não estabeleceu tais diretrizes. Da mesma forma, o Decreto nº 1.775/96 também foi omisso com relação às benfeitorias[287].

Contudo, em que pese a omissão legislativa, o Judiciário tem reconhecido o direito dos ocupantes de boa-fé a serem indenizados por suas benfeitorias, quando restar comprovada esta situação:

> ADMINISTRATIVO. TERRAS INDÍGENAS. DESAPROPRIAÇÃO. BENFEITORIAS. LAUDO PERICIAL. IMÓVEL CONSTRUÍDO PELO PROPRIETÁRIO - DEMONSTRADO. INDENIZAÇÃO A SE PAGAR. TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. A FUNAI não comprova que a edificação sobre o imóvel desapropriado não fora construída pelo proprietário da época. Cabe indenização pela benfeitoria. 2. Termo inicial para correção monetária de ressarcimento por benfeitoria não paga em desapropriação é a data em que foi paga a indenização por essa mesma indenização[288].

> ADMINISTRATIVO. TERRAS INDÍGENAS. INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS REALIZADAS. OCUPAÇÃO DE BOA-FÉ. JUROS DE MORA. 1. Nos termos do art. 231 da CF/88 e do art. 96 do Código Civil, se a ocupação se deu de boa-fé, a parte tem direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas no imóvel, bem como as voluptuárias que não possam ser levantadas, decorrentes da perda da posse de terras tradicionalmente pertencentes a indígenas. 2. Juros de mora fixados em 1% ao mês, nos termos do art. 406 do novo Código Civil[289].

---

[286] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 136.
[287] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 136.
[288] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5003928-30.2012.404.7104**. Relator para Acórdão: Des. Federal Acórdão Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 16 de julho de 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7563140>. Acesso em: 28 set. 2015.
[289] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 2003.72.02.004283-4**. Relator: Des. Federal Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 14 de julho de 2011.

Ademais, não pode a falta de produção legislativa ensejar uma conduta ilícita, retirando dos ocupantes de boa-fé indenização que a Constituição de 1988 lhes resguardou.

Por outro lado, a inércia do legislador abre um campo de incertezas jurídicas, tanto para a União como para os ocupantes não índios. A primeira pelo fato de não saber quando exsurge seu dever de indenizar e os segundos por não saber em quais hipóteses se caracteriza a boa-fé e quais tipos de benfeitorias podem ser indenizadas.

Cabe, portanto, aos julgadores viabilizar segurança jurídica uniformizando os julgamentos.

2.5 A TERRA INDÍGENA COMO BEM PÚBLICO DE PROPRIEDADE DA UNIÃO FEDERAL

Conforme discorrido, nos termo dos arts. 20, inciso XI, e 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas integram a propriedade da União Federal, da qual os índios detêm a qualidade de legítimos posseiros.

A propriedade formal da União ocorre com a homologação da demarcação dessas terras, efetuada por meio de decreto presidencial. Contudo, o direito à posse dos indígenas já nasce com a promulgação da Constituição de 1988, conforme entendimento do Pretório Excelso.

Sabendo que, nos termos do art. 98 do Código Civil[290], os bens públicos são aqueles de propriedade das pessoas jurídicas de direito público interno, e possuindo a União Federal tal qualidade, conclui-se que as terras indígenas são bens públicos.

Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4297326>. Acesso em: 28 set. 2015.

[290] "Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem" (BRASIL. 2002).

Resta saber em qual categoria de bens públicos as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas se classificam, isto é, se eles são bens de uso comum do povo, de uso especial ou dominical.

Os bens de uso comum do povo são aqueles que podem ser "[...] utilizados indistintamente por quaisquer sujeitos, em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais, de acordo com o destino do bem e condições que não lhe causem uma sobrecarga invulgar"[291]. Como exemplo, pode-se citar as praias, as ruas, as praças, as calçadas etc. A utilização do bem, em princípio, não requer a edição de um ato administrativo, a não ser que se trate de hipótese que ultrapasse a sua comum utilização, como a realização de uma passeata ou uma manifestação.

Os bens de uso especial são definidos como: "[...] aqueles onde estão instaladas as repartições públicas, compreende-se que, como regra, o uso que as pessoas podem deles fazer é o que corresponda às condições de prestação do serviço ali sediado" [292]. Segundo o art. 99, inciso II, do Código Civil, os bens de uso especial são os "[...] edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias"[293].

Os bens de uso classificados como dominicais são os que "[...] constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades"[294]. Podem ser utilizados por particulares mediante locação, arrendamento, comodato, permissão de uso, concessão de uso, concessão de direito real de uso, concessão de uso especial, autorização de uso e enfiteuse[295].

Dado o exposto, é importante destacar que as terras indígenas, em princípio, enquadram-se na categoria de bens públicos dominicais, na qual se inserem as terras devolutas. Ao apreciar o conceito de terras devolutas,

---

[291] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 942.
[292] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 946.
[293] BRASIL. 2002.
[294] BRASIL. 2002.
[295] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 946.

conforme as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, compreende-se o que ora se afirma:

> Terras Devolutas – São terras púbicas não aplicadas ao uso comum nem ao uso especial. Sua origem é a seguinte. Com a descoberta do país, todo o território passou a integrar o domínio da Coroa portuguesa. Destas terras, largos tratos foram trespassados aos colonizadores, mediante as chamadas concessões de sesmarias e cartas de data, com a obrigação de medi-las, demarcá-las e cultivá-las (quando então lhes adviria a confirmação, o que, aliás, raras vezes sucedeu), sob pena de "comisso", isto é, de reversão delas à Coroa, caso fossem descumpridas as sobreditas obrigações. Tanto as terras que jamais foram trespassadas, como as que caíram em comisso, se não ingressaram no domínio privado por algum título legítimo e não receberam destinação pública, constituem as terras devolutas. Com a independência do país, passaram a integrar o domínio imobiliário do Estado Brasileiro[296].

Entendimento distinto é manifestado por Souza Filho, que defende que:

> As terras devolutas são aquelas que não são, nem nunca foram legitimamente patrimoniadas. Quer dizer, uma vez integradas ao patrimônio público ou privado de forma legítima, deixam de ser devolutas para sempre. Deste modo, uma terra somente pode ser devoluta uma vez. Nisso se parece com as terras indígenas, porque estas também nunca dependeram de um patrimônio e mesmo quando se tornaram bens públicos federais, não necessitaram, para existir, ingressar oficialmente no patrimônio da União. Por aí acabam as semelhanças. Ao contrário das terras devolutas, as indígenas sempre foram ocupadas. Aliás, esta característica irremediavelmente as separa: no conceito de terras devolutas está a desocupação; no de indígenas, a ocupação[297].

---

[296] MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 935.

[297] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1. ed., (ano 1998), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 133-134.

Quanto à alegação de a União estar se amesquinhando do território dos Estados quando da demarcação e homologação das terras indígenas, o Ministro Ayres Britto se manifestou da seguinte forma:

> Todas as “terras indígenas” são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles “tradicionalmente ocupadas”. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sociocultural, e não de natureza político-territorial[298].

Quanto ao modelo de ocupação, Britto manifestou-se da seguinte forma:

> Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF)[299].

Verifica-se, pelo anteriormente demonstrado, que a regulação jurídica e a construção dos conceitos sobre as terras ocupadas pelos indígenas

---

[298] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet. 3.388**, Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, DF, 13 de março de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 3 out. 2015.

[299] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet. 3.388**, Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, DF, 13 de março de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 3 out. 2015.

ocorreu de forma variável em cada época. Após o descobrimento e durante o Brasil-Colônia, havia a regulação através de Alvarás Régios; durante o Império essa regulação, deu-se por meio de decretos até a Lei nº 601 de 1850, que considerou as terras ocupadas pelos indígenas dentre as devolutas, atribuindo ao Governo reservar as terras ocupadas por eles. Com a República e a Constituição de 1891, a atribuição de reservar terras ocupadas por indígenas ficou sob a incumbência dos estados em entendimento com o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), após a vigência da Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969, essas terras passaram ao patrimônio da União. Por fim, a Constituição de 1988 passou a reconhecer aos povos indígenas o direito às terras que tradicionalmente ocupam.

CAPÍTULO 3

3 O DIREITO DOS ÍNDIOS SOBRE AS TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E ANÁLISE DE CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS

Neste capítulo analisar-se-á o direito dos povos indígenas sobre as terras que ocupam sob a perspectiva constitucional contemporânea, através de uma análise de constituições Latino-Americanas e da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. O direito dos índios à partir da posse, tendo como marco a data da promulgação da atual constituição, sob a perspectiva da originariedade e da tradicionalidade.

Segue-se uma breve análise do direito de propriedade e a sua limitação frente ao preceito constitucional que prevê a nulidade dos títulos incidentes sobre a Terra Indígena. A delimitação e o alcance do direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam e a posse e titularidade por não-índios. Ao final se fará uma análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Feral – STF quanto ao direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

3.1 ANÁLISE DE CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS

Visto o contexto dos direitos indígenas sob a perspectiva anterior à constituição de 1988, cabe analisar a forma como os ordenamentos jurídicos de diversos países Latino-Americanos tratam a questão.

Antes de adentrar nesse estudo, vale anotar a observação feita por Helder Girão Brarreto[300], de que as Constituições da Argentina, da Bolívia, da Colômbia, do Equador, do Paraguai, e da Venezuela conferem aos índios, além do direito à posse, a propriedade das terras que ocupam. Em paralelo, cabe também, a análise do professor Antônio Carlos Wolkmer, sobre a insuficiência para a América Latina, do constitucionalismo moderno, caracterizado por seu

[300] BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas:** vetores constitucionais. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 64-71.

teor político-liberal e matriz eurocêntrica. Wolkmer, citando a advertência do advogado indígena boliviano Idón M. Chivi, escreve:

> Tem sido historicamente insuficiente para explicar sociedades colonizadas; não teve clareza suficiente para explicar a ruptura com as metrópoles europeias e a continuidade de relações tipicamente coloniais em suas respectivas sociedades ao longo dos séculos XIX, XX e parte do XXI[301].

Considerando essa preocupação, Wolkmer[302] segue a análise, concluindo que "ganha força a proposta de um novo constitucionalismo – denominado por alguns de constitucionalismo andino, plurinacional ou transformador". Ele destaca que essa transformação ocorre notadamente, nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), onde encontra situação propícia no âmbito das ideias e apoio popular para afirmar "novas sociabilidades coletivas (povos originários, indígenas e afrodescendentes) e dos direitos aos bens comuns naturais [...] e culturais (Estado pluricultural, diversidade e interculturalidade)"[303].

Nesse sentido, Milena Petters Melo, destaca que estas constituições procuram avançar no que diz respeito ao pluralismo cultural e multiétnico e à proteção ambiental:

> conformando um modelo garantista que mira a sustentabilidade socioambiental: buscando equilibrar o uso dos recursos econômicos e ambientais e valorizar a diversidade histórico-cultural em favor de um modelo sócio-econômico voltado a uma melhor qualidade de vida;

---

[301] CHIVI VARGAS, Ídón M. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (org.) Povos Indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina apud WOLKMER, Antônio Carlos, Pluralismo Crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In. WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters **Constitucionalismo Latino Americano** – Tendências Contemporâneas. Publicado em 28/05/2013. ISBN: 978853624255-2, p.29.

[302]WOLKMER, Antônio Carlos, Pluralismo Crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In. WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters **Constitucionalismo Latino Americano** – Tendências Contemporâneas. Publicado em 28/05/2013. ISBN: 978853624255-2, p.29.

[303] WOLKMER, Antônio Carlos, Pluralismo Crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In. WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters **Constitucionalismo Latino Americano** – Tendências Contemporâneas. Publicado em 28/05/2013. ISBN: 978853624255-2, p.38.

> o *buen vivir*, ou *sumak kawsay* (Constituição do Equador) e *suma qamaña* (Constiuição da Bolívia)[304].

Segue-se, portanto, analisando os ordenamentos constitucionais estrangeiros.

3.1.1 Constituição Paraguaia – 1992

A Constituição do Paraguai, editada em 1992, dedica um capítulo inteiro à questão indígena: "reconhece a existência de povos indígenas, que são definidos como grupos de culturas anteriores à formação e organização do Estado"[305]. Institui o reconhecimento de que os indígenas possam aplicar em liberdade seu sistema político, social, econômico, cultural e religiosos, o limite colocado está nos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição[306]. Está previsto constitucionalmente, como assinala Roberto Lemos dos Santos Filho, "que nos conflitos jurisdicionais se levará em conta o direito consuetudinário indígena"[307].

Sobre o que interessa a esse trabalho, compete o artigo 64, que versa sobre a propriedade:

> Artículo 64. De La Propriedad Comunitaria
>
> Los pueblos indígenas tienen derecho a la propriedade comunitária de la tierra, em extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proverá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas ; aimismo, estarán exentas de tributo. Se prohibe la

---

[304] MELO, Milena Petters. As Recentes Evoluções do Constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo? In. WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters **Constitucionalismo Latino Americano** – Tendências Contemporâneas. Publicado em 28/05/2013. ISBN: 978853624255-2, p.76.
[305] SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 51.
[306] BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003. p. 67.
[307] SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 51.

> remoción o traslado de su hábitat sin el expresso consentimento de los mismos[308].

Entende-se que no Paraguai, segundo a Constituição daquele país, que os indígenas tenham direito à posse, e, como assinala Barreto[309], lhes está assegurada não apenas a extensão mas sobretudo a qualidade das terras a eles destinadas. Para Santos Filho[310], a Constituição paraguaia está em posição de vanguarda, uma vez que garante a participação na vida econômica, social, política e cultural da nação aos indígenas, não no sentido de uma assimilação, mas o fazem de acordo com seus usos e costumes.

3.1.2 Constituição Colombiana - 1992

A Constituição da Colômbia é considerada a constituição latino-americana que, com maior abrangência, aborda os direitos dos povos indígenas, conforme assinala Marés Souza Filho[311]. O que se deve à profunda reforma constitucional ocorrida em 1992. Embora a população indígena não passe de 2% da população, “em torno de seiscentos mil pessoas, são 81 povos que falavam 64 línguas diferentes, o que marca uma grande diversidade cultural”[312].

Em seus princípios fundamentais reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da Nação Colombiana (art. 7º). Quanto á Composição do Senado, a constituição prevê “um número adicional de senadores (dois) eleitos pelas comunidades indígenas. Estes representantes devem ter exercido cargo

---

[308] SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 68.
[309] BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003. p. 68.
[310] SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 51.
[311] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Dos Índios. In: CANOTILHO, Gomes J.J. et al.(Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.p. 2149.
[312] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Dos Índios. In: CANOTILHO, Gomes J.J. et al.(Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.p. 2149.

de autoridade tradicional em sua respectiva comunidade para postular o senado"[313].

Quanto ao direito à terra, a constituição é, segundo Marés Souza Filho, inovadora, no art.329:

> [...] chama as terras indígenas de resguardo (antigo nome colonial) e as define como propriedade coletiva inalienável das comunidades. [...] Os resguardos são territórios e constituem ou podem constituir uma entidade territorial ao lado dos departamentos, distritos, municípios (art.286). Estas entidades territoriais indígenas gozam de autonomia, autogoverno, exercício de competências próprias, administração de recursos, estabelecimento e arrecadação de tributos. Além de participar da renda nacional (art. 286)[314].

Na Corte Constitucional da Colômbia os povos indígenas alcançaram os seus direitos, tendo os direitos reconhecidos como fundamentais, e como povos sujeitos coletivos desses direitos. Marés de Souza Filho[315] assinala que a Constituição da Colômbia organizou o país e sua divisão territorial respeitando sua multiculturalidade e plurietnicidade.

3.1.3 Constituição Argentina - 1994

A Constituição da Nação Argentina também confere aos povos indígenas, direitos às terras que tradicionalmente ocupam. Estabelece ao Congresso competência para a identificação das terras indígenas, podendo as províncias exercerem de forma concorrente essa atribuição[316]:

Articulo 75°- Corresponde al Congreso:

---

[313] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Dos Índios. In: CANOTILHO, Gomes J.J. et al.(Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.p. 2149.

[314] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Dos Índios. In: CANOTILHO, Gomes J.J. et al.(Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013p. 2149.

[315] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Dos Índios. In: CANOTILHO, Gomes J.J. et al.(Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013p. 2149.

[316] BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003. p. 64.

> [...]
>
> 17. Reconocer la preexistencia etnica y cultural de los pueblos indigenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a uma educacion bilingue e intercultural; reconocer la personeria juridica de sus comunidades, y la posesion y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas sera enajenable, transmisible ni susceptible de gravamenes o embargos. Asegurar su participacion en la gestion referida a sus recursos naturales y a los demas intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones[317].

Chama a atenção o fato de a Nação Argentina reconhecer a posse e a propriedade aos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam. Diferente do Brasil, onde a propriedade das terras é da União Federal, na Argentina há "o reconhecimento da posse e da propriedade comunitárias das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios"[318]. Ao contrário do direito civil brasileiro que coloca a propriedade em condomínio como um fenômeno transitório[319]. Além disso, destaca-se o reconhecimento à preexistência étnica e cultural dos povos indígenas argentinos, garantindo-lhes direito à educação bilíngue e intercultural.

3.1.4 Constituição Venezuelana - 1999

De forma semelhante, a Constituição da Venezuela, promulgada em 15 de dezembro de 1999, dedica um capítulo aos índios (arts.119 a 126) [320], reconhecendo "a propriedade coletiva das terras indígenas, competindo ao

---

[317] ARGENTINA. Constituição (1994). **Constituição da Nação Argentina**. Buenos Aires. 1994. Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.
[318] BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003. p. 64.
[319] BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003. p. 64.
[320] SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 51.

Poder Executivo demarcá-las. Trata-se, como a Constituição brasileira, de direito originário" [321].

Mas nesse caso a Constituição Venezuelana vai além da brasileira e qualifica as terras indígenas ancestrais e tradicionais como aquelas necessárias para o desenvolvimento e garantia da forma de vida dos índios, nos seguintes termos:

> Capítulo VIII
>
> De los Derechos de los pueblos indígenas
>
> Artículo 119. El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley[322].

Conforme análise de Barreto, a constituição venezuelana institui um dos mais vastos regramentos acerca dos direitos dos povos indígenas, principalmente ao assegurar "um sistema educacional bilíngue e multicultural, reconhece a medicina tradicional, garante às comunidades indígenas a propriedade intelectual e coletiva dos seus conhecimentos tradicionais e proíbe o registro de patentes sobre eles"[323].

No que tange o aproveitamento dos recursos naturais de suas terras, encontra-se, contudo, semelhança com a constituição brasileira: "de prévia consulta às comunidades indígenas interessadas, com diferença de que ele (aproveitamento) se fará desde que não haja lesão à integridade cultural,

---

[321] BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003.p. 69.

[322] VENEZUELA. Constituição (1999). **Constituição da República Bolivariana da Venezuela**. Georgetown. 1999. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Venezuela/Leyes/constitucion.pdf>. Acesso em: 01 out. 2015.

[323] BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003.p. 69.

social e econômica daquelas comunidades”[324]. O autor chama a atenção para o caráter protetivo, uma vez que, a exploração dos recursos está proibida, ao menos na forma predatória, mesmo que com o aval das comunidades indígenas ou, mesmo do órgão tutelar congênere[325].

3.1.5 A Constituição do Equador - 2008

A Constituição do Equador, aprovada em 28 de setembro de 2008, garante o direito à propriedade às comunidades, povos e nações indígenas sobre suas terras, declarando ainda, que são inalienáveis, impenhoráveis e indivisíveis isentando-as do pagamento de taxas e impostos. Para Santos Filho, a Constituição equatoriana tem maior amplitude no que tange em reconhecer “a natureza pluridimensional e multiétnica do Estado (art.1º), e determina a adoção de políticas permanentes para a conservação e proteção do conjunto de valores e manifestações diversas que configuram a identidade nacional”[326] de uma nação que se reconhece além de pluricultural, também multiétnica. A Constituição equatoriana prevê em seu art. 57 que:

> Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:
>
> [...]
>
> 4. Conservar la propriedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
>
> 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.
>
> 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

---

[324] BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003. p. 69.
[325] BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003.p. 69.
[326] SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 50.

> 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.
>
> [...]
>
> 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.
>
> 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales[327].

É, portanto, garantida a manutenção da posse das terras e territórios ancestrais aos povos indígenas e sua adjudicação gratuita, assim como, o usufruto administrativo e a conservação dos recursos naturais renováveis existentes sobre essas terras.

Conforme Ms. Flavia Soares Unneberg[328], as Constituições do Equador e da Bolívia contém a proposta do "'Buenvivir' ou Sumak Kawsay", uma referência:

> à noção do bem viver dos povos indígenas ancestrais, sendo um eixo moral que norteia a política do país, permitindo encontros dos saberes tradicionais com ideias ocidentais de desenvolvimento e qualidade de vida, jungindo a esses temas de cunho ambiental, fomentando uma verdadeira 'ecologia política'[329].

---

[327] EQUADOR. **Constituição do Equador**. 2008. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalFoco&idConteudo=195972>. Acesso em 20 de jan. 2016.

[328] UNNEBERG, Flavia Soares. O despertar de novos tempos: do processo histórico-constitucional à Constituição equatoriana de 2008. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters **Constitucionalismo Latino Americano** – Tendências Contemporâneas. Publicado em 28/05/2013. ISBN: 978853624255-2, p. 133.

[329] UNNEBERG, Flavia Soares. O despertar de novos tempos: do processo histórico-constitucional à Constituição equatoriana de 2008. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters **Constitucionalismo Latino Americano** – Tendências Contemporâneas. Publicado em 28/05/2013. ISBN: 978853624255-2, p. 133.

A constituição equatoriana de 2008 buscou a integração e o resgate de sua diversidade e o reconhecimento digno de todos os grupos que participaram de sua construção histórica o que fortalece e legitima a soberania nacional[330].

3.1.6 Constituição Boliviana - 2009

A Bolívia é densamente habitada por indígenas, somando-se 46 povos, numa população de cinco milhões de pessoas, o que significa mais de 70% da população total do país. Marés Souza Filho chama a atenção para o fato que, apesar desse grande número de indígenas na Bolívia:

> até 1994 nenhuma constituição tinha reconhecido direitos aos povos indígenas, salvo em duas constituições, 1938 e 1945, que foram reconhecidos direitos ao da educação especial. A Constituição de 1994 reconheceu direitos sociais, econômicos e culturais, assim como um direito às terras, que chama de comunitárias de origem. O texto próximo ao da brasileira, embora reconhecesse personalidade jurídica e funções administrativas às comunidades indígenas. Tratava também da aplicação de normas próprias na solução de conflitos, concedendo competência às autoridades naturais (no Brasil chamamos de tradicionais) para aplicá-las[331].

A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, promulgada no ano de 2009[332], foi instituída ao fim de resguardar direitos aos povos indígenas. De acordo com o Presidente Constitucional, Evo Morales Ayma[333], a nova

---

[330] UNNEBERG, Flavia Soares. O despertar de novos tempos: do processo histórico-constitucional à Constituição equatoriana de 2008. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters **Constitucionalismo Latino Americano** – Tendências Contemporâneas. Publicado em 28/05/2013. ISBN: 978853624255-2, p. 139.

[331] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Dos Índios. In: CANOTILHO, Gomes J.J. et al.(Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.2149.

[332] "A Constituição boliviana vigente foi aprovada em novembro de 2007 e referendada em plebiscito em janeiro de 2009". (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Dos Índios. In: CANOTILHO, Gomes J.J. et al.(Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.2149)

[333] BOLÍVIA. Constituição (2009). **Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia**. Sucre., 2009. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.

ordem constitucional boliviana surgiu com a finalidade de acabar com desigualdades entre os povos, com o racismo, com a discriminação e a exclusão.

Ainda de acordo com Morales, um grande problema é que os povos originários, milenares, são muitos, mas são pobres, enquanto os povos originários contemporâneos são poucos, porém ricos. Para ele isso justifica o fato do novo ordenamento constitucional boliviano buscar a redução das desigualdades e a preservação dos direitos indígenas[334].

No regime jurídico constitucional propriamente dito, a Constituição boliviana garante proteção e respeito aos povos indígenas que estiverem em perigo de extinção e em situação de isolamento voluntário (art. 31). A Constituição boliviana institui, inclusive, o que denomina de jurisdição indígena originária, que vincula os membros da respectiva nação indígena (art. 191).

A Constituição da Bolívia confere aos indígenas uma porção rara de direitos e privilégios, como nenhum outro Estado. Mas apesar de resguardar a cultura indígena, o Estado boliviano também visa a interação do povo não indígena com os índios (art. 265).

Especificamente quanto às terras indígenas, o artigo 403 da Constituição boliviana estabelece que:

> Artículo 403.
>
> I. Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, el uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones de terminadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades.

---

[334] BOLÍVIA. Constituição (2009). **Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia**. Sucre., 2009. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>.Acesso em: 30 set. 2015.

> II. El territorio indígena originario campesino comprende áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural. La ley establecerá el procedimiento para el reconocimiento de estos derechos[335].

Percebe-se que diferente da Constituição Brasileira, que reconhece as terras indígenas tradicionalmente ocupadas em 1988, a boliviana confere aos indígenas a integralidade do território *originário*, além dos recursos naturais desses territórios.

Todavia, apesar de aparentar situação que, se aplicada no Brasil confiscaria toda a praia de Copacabana, o constituinte boliviano deixa ao critério do legislador definir o que são as terras originárias dos indígenas.

3.2 O DIREITO DOS ÍNDIOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 5 DE OUTUBRO DE 1988 - CRFB

A Constituição da República Federal do Brasil que entrou em vigor no dia 5 de outubro de 1988, inaugurou, segundo Souza Filho[336], um novo paradigma para o direito dos índios, sendo a primeira a romper "com a tradição integracionista do continente, garantindo aos índios o direito de continuarem índios". Até a promulgação:

> a forma como se dá a garantia às terras, os dispositivos que atribuem competência para legislar sobre o processo de integração e as leis regulamentadoras deixam claro que o ideário assimilacionista do século XIX, está presente [...]: os índios haveriam de deixar de ser índios[337].

---

[335] BOLÍVIA. Constituição (2009). **Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia**. Sucre., 2009. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>.Acesso em: 30 set. 2015.

[336] SOUZA FILHO. In: CANOTILHO, Gomes J.J. et al.(Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2147.

[337] SOUZA FILHO. In: CANOTILHO, Gomes J.J. et al.(Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2148.

Outras constituições se seguiram na América Latina, com maior ou menor grau de abrangência e reconhecimento para o direito do indígena, dependendo do envolvimento de cada povo na elaboração da constituição de seu país[338].

José Afonso da Silva assinala que CRFB assumiu a concepção que leva em conta o sentimento de pertencimento do índio a uma comunidade indígena, é esse pertencimento que identifica o índio, isto é, "é índio quem se sente índio"[339]. Para ele, a autoidentificação do índio com sua cultura e etnia funda-se no sentimento de pertencimento a uma continuidade étnica identificadora com raízes em um passado pré-colombiano[340]. O art. 231, §1º, considera tudo isso ao definir que as terras para os índios são "necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições".

O texto constitucional, que é possível verificar a seguir, revela o esforço do constituinte em "preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios"[341]. Na opinião de Silva[342], a proteção dos direitos não alcançou um nível satisfatório, enquanto que autores como Bulos[343], Cretella Jr[344] e Marés de Souza Filho[345] não trazem em suas análises qualquer menção nessa direção; esse último ainda assevera pelos avanços ocorridos na proteção dos direitos indígenas.

A CRFB dedicou o Capítulo VIII, do Título VIII, aos Índios, estabelecendo, conforme define o art.231, e já analisado anteriormente, conforme segue:

---

[338] SOUZA FILHO. In: CANOTILHO, Gomes J.J. et al.(Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2149.
[339] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 8. ed. atual. Até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores. 2012. p. 887.
[340] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 8. ed. atual. Até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores. 2012. p. 887.
[341] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 8. ed. atual. Até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores. 2012. p. 887
[342] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 8. ed. atual. Até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores. 2012. p. 887.
[343] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n.83/2014, e os últimos julgados do supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 1641.
[344] CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988** Vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 4552.
[345] SOUZA FILHO. In: CANOTILHO, Gomes J.J. et al.(Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2148.

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

No § 1.º o legislador constitucional dedicou-se a definir o que são as terras tradicionais ocupadas pelos índios, estabelecendo que são aquelas habitadas em caráter permanente; as por eles 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.

> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Na sequenciam, no § 2.º, ficou garantido aos índios, o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras tradicionalmente por eles ocupadas.

> § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Quanto ao aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, em terras indígenas ficou assegurado a eles a participação nos resultados da lavra, na forma da lei, recursos esses, que só podem ser explorados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas.

> § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados

> com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

No § 4.º o legislador constituinte estabeleceu novas garantias aos índios com relação à terras por eles tradicionalmente ocupadas, estabelecendo que são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis. Quanto a imprescritibilidade, trata-se de uma novidade da Constituição de 05 de outubro de 1988, em relação às Constituições anteriores.

> § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

O legislador constitucional ainda vedou a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nos casos de catástrofe ou epidemia, que ponha em risco sua população ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, em qualquer hipótese, ficou garantido o retorno imediato, após ter cessado o risco.

> § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

O § 6.º do art. 251 da CRFB de 1988, estabeleceu a nulidade e a extinção dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras de ocupação indígena, ou seja, aquelas definidas do caput do referido artigo.

Também se acoimou de nulidade de qualquer ato tendente a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes na terra indígena, ressalvado relevante interesse público da União, segundo dispuser lei complementar.

Finalmente restou definido que a nulidade e a extinção dos referidos atos não geram direito à indenização contra a União, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé, na forma da lei.

> § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção do direito à indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé[346].

O art.174, §§ 3 e 4, dispõe sobre o que não se aplica às terras indígenas[347].Enquanto o art. 232 define que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”[348].

Se analisará agora de forma mais detalhada a relação do direito indígena quanto aos usufrutos dos bens naturais, conforme o que conta no § 1º; o direito do índio enquanto uma minoria étnica e o direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam como um dado fático a partir da posse sob a perspectiva da originariedade, da tradicionalidade e da atualidade da ocupação.

3.2.1 O usufruto dos bens naturais

---

[346] BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoConstituicao>. Acesso em 07.01.2016, às 21:00 hs.
[347] BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoConstituicao>. Acesso em 07.01.2016, às 21:00 hs.
[348] BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoConstituicao>. Acesso em 07.01.2016, às 21:00 hs.

Referente aos bens naturais nas terras ocupadas pelos índios, o §1º do art 231, da CRFB, define que: “são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios [...] as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar [...]”[349]. Entende-se pela jurisprudência que está respeitada ao índio a sua diferença, modo de vida e questões culturais. No entanto, no que tange a legislação ambiental o indígena está também sujeito as normas previstas na Constituição:

> As normas de Direito Ambiental imprimem enorme condicionamento às atividades humanas, visando a resguardar a qualidade do meio ambiente. O cumprimento desse condicionamento nem sempre é espontâneo. Por isso, a legislação prevê controles prévios, concomitantes e sucessivos, por parte de autoridades públicas, a fim de verificar a regularidade do exercício das atividades controladas[350].

Desta maneira, não há dúvidas sobre a submissão dos indígenas às normas de direito ambiental fora dos limites de terra indígena tradicional ou mesmo em uma terra tradicional de etnia diversa[351]. O § 2º, do art.231, da Constituição, confere aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras tradicionalmente ocupadas:

> § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes[352].

Villares expõe que “do meio ambiente, cuja base territorial é a terra indígena, os índios extraem os recursos ambientais necessários para suas atividades”[353]. Não obstante, alerta:

> Não se pode ignorar, no entanto, que alguns grupos indígenas cedem à exploração irregular de suas áreas, sendo que atividades como a extração de madeira,

---

[349] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. p. 78.
[350] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 279.
[351] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 279.
[352] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. p. 65.
[353] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 214.

> garimpo e arrendamento das terras para a agricultura e pecuária não são raras, muitas vezes até com a participação e o empreendedorismo dos próprios indígenas[354].

O usufruto exclusivo não significa exploração irrestrita dos recursos naturais da terra indígena, ainda mais pelo valor essencial dos elementos solo e água para o meio ambiente, conforme ensinamento de José Afonso da Silva:

> O solo – que, do ponto de vista ecológico, é constituído da camada da superfície da crosta terrestre, capaz de abrigar raízes de plantas – representa o substrato para a vegetação terrestre. É, assim, a terra vegetal, meio em que se associam a litosfera, a hidrosfera e a atmosfera; é, pois, meio de sustentação da vida. A água é um bem indispensável à vida: humana, animal e vegetal. Compartilha dos processos ecológicos essenciais, como o da fotossíntese, o da quimiossíntese e o da respiração. Funciona como habitat e nicho ecológico de inúmeros organismos e espécies animais e vegetais. Sua mobilidade, seu poder de solubilidades, sua variação de densidade, sua característica de regulador térmico e especialmente sua tensão superficial são atributos que respondem por sua extraordinária função ecológica[355].

Como bem afirma o Ministro Menezes Direito no seu voto no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol:

> À nação brasileira interessa, sem dúvida, a proteção e a preservação dos interesses indígenas, mas interessa também a preservação do meio ambiente e da segurança de nossas fronteiras além de outros interesses públicos representados pela União, como prevê literalmente o art. 231 da Constituição da República. É importante identificar tais interesses para que o estatuto jurídico das comunidades indígenas possa ser de uma vez por todas definido considerando a disciplina constitucional. A identificação dos demais interesses públicos que poderão condicionar os direitos dos índios passa, em muitos casos pela edição de lei, ordinária ou complementar, ou pela autorização do Congresso Nacional. E em nossos dias é necessário ter presente que a preservação do meio ambiente é imperativa para a humanidade e não apenas

[354] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 218.
[355] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 120

> para as nações ou comunidades individualmente consideradas[356].

É preciso registrar que a terra indígena tradicional não é de propriedade dos índios, mas sim bem da União, conforme o art. 20, XI, da Constituição, o que afasta ainda mais a hipótese de exploração irrestrita ou contrária às normas ambientais. Também, os recursos naturais da terra indígena não são todos de usufruto dos índios. Como explica Villares:

> Nem todos os recursos naturais das terras indígenas têm o índio como usufrutário. Apenas as riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes são de usufruto dos índios que as ocupam. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra de riquezas minerais em terras indígenas não seguem a norma de usufruto exclusivo, assim como não seguem o princípio do usufruto da propriedade privada[357].

Os potenciais de energia hidráulica (art. 20, VIII, CRFB/88) e os recursos minerais (art. 20, IX, CRFB/88) são de propriedade da União sem distinção de estarem encravados em propriedade pública, particular ou terra indígena. Já os recursos hídricos podem ser bens da União (art. 20, III, CRFB/88) ou dos Estados (art. 26, I, II e III, CRFB/88) e por serem bens de importância social e estratégica, não são sujeitos à apropriação exclusiva[358].

O usufruto exclusivo não autoriza o índio a utilizar as riquezas naturais, especialmente o solo, os lagos e rios, em desrespeito às normas ambientais. A proteção dos costumes e tradições indígenas pela Constituição protege a ampla utilização dos recursos ambientais da terra, desde que em consonância ao paradigma da sustentabilidade e às normas ambientais. Por óbvio que o paradigma da sustentabilidade também se aplica aos índios, pois devem estar condicionados à proteção ambiental para garantir o usufruto das riquezas naturais para as presentes e futuras gerações indígenas.

---

[356] BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão da Petição n. 3.388.** Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 19-03-2009. Publicado no DJe em 01-07-2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>. Acesso em 25 de junho de 2014. p. 176-177.

[357] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 215.

[358] VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 215.

Não obstante, surge, aí uma rusga hermenêutica que se encontra na possibilidade de haver restrições quanto ao exercício das atividades típicas indígenas – caça, pesca, agricultura de subsistência, pecuária, extrativismo e produção de artesanato. A pergunta, então é: as atividades citadas devem acontecer conforme as tradições seculares dos povos indígenas ou se submeterem às obrigações ambientais impostas a todos os cidadãos brasileiros?

Assunto que pede por esclarecimento, uma vez que os direitos fundamentais, dentre eles os relativos ao meio ambiente e os dos índios, não são absolutos. A teoria da relatividade dos direitos fundamentais, adotada pelo sistema constitucional brasileiro, define que, como esclarece Alexandre de Moraes: "os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal" [359].

Na mesma direção, Ingo Sarlet assinala:

> Considerando que nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos, no sentido de absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva e objetiva, não tem oferecido maiores dificuldades, tendo sido, de resto, amplamente aceita no direito constitucional contemporâneo [...][360].

O ponto nefrálgico é saber se as tradições e costumes indígenas na exploração dos recursos naturais são sustentáveis, pois o respeito à diversidade cultural não pode autorizar a prática predatória ao meio ambiente. Se, por exemplo, determinada espécie animal corre risco de extinção, a proibição de sua caça deve ser respeitada também pelos índios, mesmo que

---

[359] MORAES. Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 27.

[360] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 387-388

nas tradições seculares de sua comunidade a caça daquela espécie fosse prática comum.

Da mesma forma, para o cidadão não-índio que pratica atividades herdadas de seus antepassados, a Constituição Federal não apontou na direção de um tratamento diferenciado. Sendo a atividade contrária às restrições ambientais, a norma vigente é aplicada.

Os índios, uma vez que pertencem à coletividade brasileira, estão sujeitos aos deveres dessa coletividade na preservação do meio ambiente, expressamente consignado no art. 225 da Constituição: "é dizer, povo brasileiro como um só continente humano de hoje, de ontem e de amanhã, a abarcar principalmente os três elementares grupos étnicos dos indígenas, do colonizador branco e da população negra"[361]. José Afonso da Silva explica o propósito constitucional de defesa do meio ambiente:

> É nesse sentido que a Constituição [...] incumbe ao Poder Público preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, assim como preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país. "Preservar" e "restaurar" estão, aí, como formas de conservação que implicam manutenção e continuidade, que significam aproveitamento que garante a utilização perene e que protege os processos ecológicos e a diversidade genética, essenciais para a manutenção dos recursos ecológicos[362].

O princípio da cooperação, segundo Cristiane Derani, "informa uma atuação conjunta do Estado e sociedade, na escolha de prioridades e nos processos decisórios"[363]. A defesa da cultura e tradição indígenas está prevista no art. 231 da Constituição, não podendo vir a sofrer perseguições ou preconceito por conta de seus costumes.

Importante atentar para o fato que uma eventual norma ambiental restringido especificamente o exercício de atividades quando executadas por

---

[361] BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão da Petição n. 3.388.** Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 19-03-2009. Publicado no DJe em 01-07-2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>. Acesso em 25 de junho de 2014. p. 40.

[362] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 89.

[363] DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 142.

índios é flagrantemente inconstitucional, contudo, havendo restrições ambientais gerais, não podem os índios se furtar de a cumprir, prestigiando a proteção ambiental integral e a isonomia. O Desembargador Federal Luiz de Lima Stefanini, mesmo apresentando crítica à escolha constitucional, assevera a submissão dos usos e costumes indígenas ao direito ambiental:

> Particularmente e no momento atual os ocupantes de próprios da União, não sendo as aldeias terras devolutas (os sertões são devolutos), certo é que sobre elas não detêm hoje os índios aldeados direito individual mas tão somente lhes são deferidos os direitos à aldeia via usufruto restrito, expressão do acervo constitucional; delas não podem dispor segundo seus usos e costumes conforme examinado quando interceptado por um interesse público que a todos vincula. [...] A antinomia se expõe porque contempla a tutela dos valores indígenas ou bens jurídicos étnicos (uso do fogo para coivara, extração de bens da floresta, apreensão de espécimes nativos com objetivos diversos etc.) em contraste com a salvaguarda, no âmbito do direito ecológico e ambiental, que os tipificam como infrações civis e crimes contra a flora e a fauna. Proliferam no país exatamente por isso as contusões entre o uso das terras indígenas e os ortodoxos do meio ambiente. Não podem estes brasileiros explorar a madeira (que poderiam com sustentabilidade auferir significativamente resultados financeiros) em suas áreas demarcadas pelas mesmas restrições impostas aos demais brasileiros[364].

Defender a utilização irrestrita dos recursos naturais no interior das terras indígenas tradicionais viola diretamente o princípio da isonomia. Índios e não-índios são iguais, não havendo ferimento ao núcleo essencial da proteção constitucional à cultura indígena quando se restringe a utilização dos recursos naturais em conformidade às normas ambientais.

Além do mais, na contemporaneidade norma legal que estabeleça qualquer discriminação ambiental em favor dos índios. Celso Antônio Bandeira de Mello é categórico ao afirmar que “se este intento não foi professado inequivocamente pela lei, embora de modo implícito, é intolerável, injurídica e

---

[364] STEFANINI, Luiz de Lima. **Código indígena no direito brasileiro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 141.

inconstitucional qualquer desequiparação que se pretenda fazer”[365]. Portanto, o direito ambiental tem plena eficácia nas terras indígenas tradicionais.

3.2.2 O Direito dos Índios como minorias étnicas

Falar em minorias[366] não é falar em números, embora, o elemento numérico, seja um ponto de partida à compreensão jurídica do conceito, contudo mostra-se insuficiente. Definir pela vulnerabilidade também não resolve a imprecisão terminológica, nem mesmo a Organização das Nações Unidas – ONU obteve sucesso em cunhar uma definição que pudesse ser considerada universal. Em 1947, a Comissão de Direitos Humanos criou a Subcomissão de Prevenção de Discriminação e de Proteção de Minorias das Nações Unidas, que, em 1950, assim propôs:

> I - o termo minoria inclui, dentro do conjunto da população, apenas aqueles grupos não dominantes, que possuem e desejam preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis, marcadamente distintas daquelas do resto da população; II - tais minorias devem propriamente incluir um número de pessoas suficiente em si mesmo para preservar tais tradições e características; e – III tais minorias devem ser leais ao Estado dos quais sejam nacionais[367].

Pouco depois, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, embora sem conceituá-las, referiu-se às minorias e lhes outorgou direitos no artigo 27, nos seguintes termos:

> Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente

---

[365] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

[366] ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos. **Direito ao Desenvolvimento de Comunidades Indígenas no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo: Brasil, v. I, p. 277, 2009.

[367] E/CN.4/641 Annex I, Resolution II apud MAIA, Luciano Mariz. Direitos Humanos das Minorias Étnicas e Religiosas e as Desigualdades Sociais e Regionais. In: REGIS, André; MAIA, Luciano Mariz. **Direitos Humanos, Impeachment e Outras Questões Constitucionais**: uma coletânea de artigos. Recife: Base; João Pessoa: Universitária, 2004, p. 205-234.

> com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua[368].

Várias tentativas e sugestões em se definir ‘minorias’ se mostraram infrutíferas. Em 1994 foi criado pela Comissão de Direitos Humanos da ONU um Grupo de Trabalho específico sobre o tema; a versão apresentada, no entanto, não incluía na definição as populações indígenas. De caráter restritivo essa definição sofreu fortes reações contrárias

Ainda que:

> [...] não se tenha chegado a uma resposta universalmente aceita e conclusiva, essas propostas, somadas a outras definições de antropólogos, doutrinadores, tribunais e organismos internacionais, permitiram identificar determinados elementos objetivos e subjetivos passíveis de serem incluídos na noção de minoria. Em geral, são identificados três elementos objetivos e um elemento subjetivo. Os primeiros são: o diferenciador, o quantitativo e o de não-dominância[369].

Etnia pode ser compreendida como uma coletividade que possui uma identidade própria que a une através da comunidade da língua, história, tradições, cultura e, em alguns casos, espaço próprio, sublinhando-se que se trata de uma realidade, sobretudo, de natureza cultural[370]. É, então, possível dizer que cultura é o principal elemento que caracteriza a etnia, e se manifesta por meio de tradições, língua e religião. A noção de minoria étnica, ou grupos minoritários, surge diante da identidade cultural coletiva que une as pessoas que compõem esses grupos[371].

---

[368] MAIA, Luciano Mariz. **Os Direitos das Minorias Étnicas**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/lmaia_minorias.html s/d. Acesso em: 20 de jan. 2016.

[369] WEISSHEIMER, Loreno; UBA, André Emiliano. Globalização e tutela das minorias étnicas. In. OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio (orgas). **As Trajetórias Multidimensionais da Globalização**. [recurso eletrônico]. Itajaí: Univali, 2014. p.111.

[370] ECHAUDEMAISON, Claude-Danièle (coord.). **Dicionário de Economia e Ciências Sociais**. Porto: Porto Editora, 2001, p. 149.

[371] COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 577.

Todas as pessoas, incluindo as minorias étnicas, são titulares de Direitos Humanos, reconhecidos a todos de forma irrestrita. A necessidade de reconhecimento mais específico de direitos, tem se mostrado necessário, já que, de forma mais geral os direitos tem se mostrado insuficientes para os grupos étnicos desenvolverem todas as suas potencialidades. Assim, o direito à diferença foi reconhecido em vários instrumentos normativos internacionais. A Declaração Universal das Nações Unidas de 1948 não fez menção específica às minorias, no entanto vedou discriminações motivadas por fatores como raça, sexo, língua e religião. Alguns direitos básicos foram estabelecidos, como o direito à existência, direito à identidade, direito a medidas positivas[372].

Com relação aos índios, o direito à diferença é reconhecido por expressa previsão do artigo 231, caput, da Constituição Federal de 1988: "Art. 231: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições"[373]

A Constituição deu especial atenção aos índios, reconhecendo sua organização social, línguas, cultura, visões de mundo, religiões, modos de vida, peculiares a cada grupo ou povo. Uma vez que a política integracionista acabava por degradar e diminuir as populações indígenas, a mudança de paradigma com a Constituição, teve por finalidade preservar a cultura e os povos indígenas, como comenta Márcia Vilas Boas:

> A política integracionista, da forma como vinha sendo realizada, acabava por forçar um contato entre índios e não índios para o qual os mesmos não estavam preparados. Os não índios não sabiam conviver com uma cultura tão diferente como a indígena. Já os índios, forçados a integrar-se à sociedade nacional, a assumir obrigações para as quais também não haviam sido preparados, acabavam refugiando-se, muitas vezes, até mesmo no alcool[374].

---

[372] WEISSHEIMER, Loreno; UBA, André Emiliano. Globalização e tutela das minorias étnicas. In. OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio (orgas). **As Trajetórias Multidimensionais da Globalização**. [recurso eletrônico]. Itajaí: Univali, 2014. p.111.

[373] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. p. 65.

[374] VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 68.

O conceito de minoria étnica a difere dos demais grupos vulneráveis, na medida em que possui especificidades próprias que a distingue das demais coletividades vulneráveis, sejam eles elementos objetivos (diferenciador, o quantitativo e o de não-dominância) e subjetivo (solidariedade). Enquanto determinada minoria étnica assim o desejar, deve lhe ser garantido o direito à diferença, e enquanto não contrariar os valores universais do restante da sociedade.

3.2.3 O direito dos índios sobre às terras que tradicionalmente ocupam como um dado fático a partir da posse Indígena sob a perspectiva da originariedade, da tradicionalidade e da atualidade da ocupação

Os direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, encontram-se reconhecidos pelo art. 231 da CRFB, que assim os definiu:

> Art 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens[375].

A doutrina e a jurisprudência têm se ocupado em esclarecer o exato alcance desse direito das 'terras que tradicionalmente ocupam', o próprio legislador constitucional esforçou-se em explicar o conteúdo inscrito no *caput* do artigo, através do seu § 1º:

> §1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições[376].

---

[375] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. p. 78.
[376] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. p. 78.

Uadi Lammêgo Bulos assinala que o legislador constituinte “foi analítico, minudente e taxativo ao determinar quais as terras (seriam) consideradas de ocupação tradicional dos índios”[377], levando em conta, que a terra é fonte de sobrevivência desses povos. Na mesma direção interpreta Cretela Júnior[378], quando escreve que esse parágrafo conclui que a definição ‘as (terras) por eles habitadas, em caráter permanente’, expõe dois pressupostos, segundo ele, para que haja o reconhecimento os direitos originários dos índios por parte do Estado. São eles:

> a) que as terras sejam tradicionalmente ocupadas, o que quer dizer, passando sucessivamente de geração a geração, de pai a filho, depois a neto, bisneto e tetraneto, e, b) que a ocupação seja em caráter permanente, sem interrupção[379].

O que são terras ocupadas pelos índios? Cretella Junior[380] ocupou-se na análise da expressão ‘terras tradicionalmente ocupadas’. Segundo ele, o constituinte se ocupou em definir de tal forma que foram colocadas quatro hipóteses a serem levadas em conta pelo intérprete, para que uma área seja considerada ‘tradicionalmente ocupada’:

> a) as terras por eles habitadas, em caráter permanente, b) as terras utilizadas para suas atividades produtivas, c) as terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e, por fim, d) as terras necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições[381].

---

[377] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1642.
[378] CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988** Vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4566.
[379] CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988** Vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4566.
[380] CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988** Vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4566.
[381] CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988** Vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4567.

José Afonso da Silva fala não em hipótese, mas em condições, que segundo ele dão fundamento ao § 1º do art. 231, “todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha”[382].

Bulos chama a atenção para o fato de que ‘tradicionalmente’ é um qualificativo com que o constituinte se “referiu ao modo de vida dos índios, e não à ocupação temporal, memorial ou histórica de suas terras. Esse dado é sobremodo relevante, porque as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios devem ser *habitadas em caráter permanente”*[383]*.* Como o autor assinala: “habitar em caráter permanente significa habitar para sempre, o que faz das terras indígenas uma garantia para o futuro, algo insuscetível de alienação e, muito menos, de disponibilidade”[384]. O que fica evidente no § 4º, do Art. 231, da CRFB de 1988, quando este prescreve “que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas, imprescritíveis”[385].

Sobre o ‘caráter permanente’, Cretella Junior[386] questionado escreve que foi com impropriedade que o constituinte propôs que ‘a ocupação tradicionalmente comprovada das terras pelos índios assinala que não se trata de ‘posse permanente’, pois:

> [...] não se trata de destino ou destinação. A posse permanente transmuda-se em domínio, em propriedade. A posse é o pressuposto único, vinculado à ocupação tradicional, que transforma a gleba em propriedade do silvícola. Como consequência, cabe aos silvícolas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos situados nessas terras[387].

---

[382] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 889.
[383] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1642.(grifo do autor)
[384] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1643.
[385] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1643.
[386] CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988** Vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4567.
[387] CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988** Vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 4567.

Para Bulos, a ideia de permanência que é consagrada na Constituição Federal de 1988, "denota o caráter de preexistência da posse mesma, que, como tal, configura um direito originário das comunidades e organizações indígenas"[388]. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal – STF, que:

> 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 a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (STF, RE 183.188, Rel Min. Celso de Mello, DJ de 14-2-1997)[389].

A doutrina constitucional, ao analisar o que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, consoante o disposto no caput do art. 231, da CRFB de 1988, enfatiza o tempo verbal: 'terras que tradicionalmente ocupam' – o verbo está no presente. 'ocupam'. E a necessária integração interpretativa entre o caput e a explicação que é dada pelo § 1º do mesmo artigo.

Dessa maneira, não lhes é garantida a posse de terras que, por ventura, tenham sido ocupadas no passado, mas já não ocupem mais na data da entrada em vigor da Constituição, leia-se 5 de outubro de 1988. O texto do artigo, em seu *caput,* fala em terras que os indígenas tradicionalmente ocupam, enquanto o §1º, refere-se a 'terras tradicionalmente ocupadas pelos índios'. Constata-se aí uma diferença significativa, onde denota-se, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, três pontos fundamentais:

> O Primeiro, que a Constituição garante aos indígenas a posse das terras que ocupassem (=ocupam) no momento

---

[388] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1643.

[389] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.**stf**.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2783666>. Acesso em jan. 2016.

> da incidência da Lei Magna. Não as que tivessem ocupado no passado, seja remoto, seja próximo. As terras garantidas são não apenas aquelas em que os indígenas estavam localizados, ou em que habitavam, mas as que 'tradicionalmente' ocupam. E o texto do § 1º esclarece que sejam 'terras tradicionalmente ocupadas pelos índios'[...]. Terceiro, o advérbio 'tradicionalmente' quer dizer que as terras que os indígenas 'ocupam' devem ser interpretadas de acordo com as tradições (cultura) destes. Não como ocupação concreta, diuturna[390].

Pela análise de Ferreira Filho, depreende-se do § 1º que:

> as terras 'protegidas' são determinadas a partir da 'habitação permanente'. Quer dizer, que dure de longo tempo e persista no momento da incidência da Constituição (se não, não mais seriam 'habitadas' e muito menos 'permanentemente'). E a partir dessas terras de 'habitação permanente' elas se ampliam para compreender as utilizadas para suas atividades produtivas etc. O que longe está de ser pouco! [391].

Na mesma linha vai a análise de Cretella Júnior, quando ensina:

> A regra jurídica constitucional pretende reconhecer aos índios direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, ou seja, como diz a regra do § 1º, 'as (terras) por eles habitadas, em caráter permanente', pelo que dois são os pressupostos para que o Estado reconheça os direitos originários dos índios, a saber: a. que as terras sejam tradicionalmente ocupadas, o que quer dizer, passando sucessivamente de geração a geração, de pai a filho, depois a neto, bisneto tetraneto, e b. que a ocupação seja em caráter permanente, sem interrupção. A ocupação tradicional, milenar e o caráter permanente da ocupação transformam a pose em domínio, sem a necessidade de qualquer outro requisito[392].

---

[390] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. 4. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 117/118.
[391] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. 4. São Paulo: Saraiva. 1995.p. 117/118.
[392] CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988** Vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 4566.

Portanto, segundo o que estabelece a CRFB, na leitura que lhe faz a doutrina e também o STF, como se verá mais adiante, a qualificação de terras como indígenas, pressupõe, terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e por eles habitadas em caráter permanente, contemporaneamente à promulgação da vigente Constituição Federal.

Verifica-se que a CRFB não trouxe antagonismo entre o direito à propriedade privada e o direito dos índios sobre às terras que tradicionalmente ocupam, não está na matriz constitucional o surgimento de conflitos fundiários entre índios e não-índios. Não emana da exegese constitucional a expulsão de agricultores e proprietários de terras adquiridas, segundo as normas de regência da época da aquisição. Não se encontra no texto constitucional a ideia de retroação para assegurar aos povos indígenas, terras por eles não habitadas quando da promulgação da CRFB. Não alcança, a desconstituição retroativa do direito de propriedade, legitimamente adquirido, através de atos jurídicos perfeitos, garantindo uma situação fática já existente.

Nesta linha, aliás, colocam-se os ensinamentos de Ferreira Filho quando escreve:

> Há quem pretenda que este preceito (§ 6º, do art. 231, CF) tenha alcance retroativo. Assim, ele colheria de nulidade todas as terras 'tradicionalmente ocupadas pelos indígenas' no passado, as quais com isso voltariam à posse destes. Na verdade, a regra constitucional pode ter alcance retroativo. Como a Constituição é a base e a origem (lógica) da ordem jurídica, a ela não se podem antepor normas anteriores (e isso mesmo, aliás, é contestado por escola moderna para a qual a Lei Magna é ela própria limitada pelos princípios gerais de direito). Assim, a nova Carta pode requalificar fatos passados, ou deles tirar consequências que anteriormente não eram lícitas, mas ela não o faz sempre, apenas eventualmente. Ainda mais se, como é da índole e tradição do direito brasileiro, ela resguarda a intocabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e coisa julgada. Por isso, só se há de aceitar a retroatividade da norma constitucional se isso decorre clara e insofismavelmente do texto, o que não ocorre no caso presente (v. supra, v. 1, p. 7 e s.) Sobre isso há unanimidade[393].

[393] "É o que diz a doutrina estrangeira, p. ex., Paul Roubier (Le droit transitoire, 2. ed., Paris, Dalloz/Sirey, 1960, p. 292 e s.). É o que afirma a brasileira, p. ex., Carlos Maximiliano (Direito intertemporal, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946, 1946, n. 280), Pontes de Miranda

Essa tese da ‘retroatividade da norma’, é absurda, no entendimento de Ferreira Junior[394], uma vez que “equivaleria a nulificar o direito de propriedade de todos os não-indígenas, eis que em tese todas as terras do Brasil teriam sido no passado ocupadas pelos indígenas”. Como leciona Ferreira Júnior[395], essa tese viola o artigo 5º. XXII, da Constituição federal, que garante o direito de propriedade de todo cidadão e, portanto, dos não-índios.

Por conseguinte, é preciso considerar que:

> a referência às terras ‘tradicionalmente ocupadas’ pelos índios não estendem um só centímetro as áreas à disposição destes. Ela somente interpreta o que se dizia no direito anterior, terras ‘ocupadas’ ou ‘habitadas’ pelos indígenas. Enfim, em decorrência do direito anterior, os indígenas perderam qualquer direito em relação às terras que ocuparam, mas deixaram de ocupar. É o que se demonstrou nos comentários ao caput deste artigo[396].

A seguir descreve-se sobre a garantia ao direito à propriedade privada frente ao preceito constitucional que prevê a Nulidade dos Títulos das Terras ocupadas pelos Índios.

3.2.4 A Garantia ao direito à propriedade privada frente ao preceito constitucional que prevê a Nulidade dos Títulos das Terras ocupadas pelos Índios.

A palavra propriedade advém do adjetivo próprio, podendo ser entendida como “qualidade do que é próprio, especial, caráter, emprego apropriado de linguagem, coisa possuída, prédio, fazenda, bem (móvel ou

---

(Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969, 2. ed.., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, t. 4, p. 392). E eu mesmo (O poder constituinte, 2, ed., SP, Saraiva, 1985, p. 81 e s.)”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. 4. São Paulo: Saraiva. 1995.p. 117).

394 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. 4. São Paulo: Saraiva. 1995. p.117.

395 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. 4. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 117.

396 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. 4. São Paulo: Saraiva. 1995.p. 117.

imóvel).”[397] Uma vez que tal palavra serve para aludir o produto dos processos produtivos de uma determinada nação e aferir quem detém o senhorio de determinado bem ou direito, relaciona-se intimamente com as ciências econômicas.

Sob o ponto de vista dos economistas, o Estado possui papel fundamental na determinação de quem será o titular do direito à propriedade. Caso o Estado adote como seu sistema uma economia centralizada, a propriedade será de sua titularidade, ou seja, os recursos, os imóveis, as empresas, os meios de produção, entre outros, existentes em seu território pertencem ao senhorio do Estado. Na hipótese inversa, se tomar como sistema econômico a economia de mercado, a propriedade dos bens e direitos prevalecerá, em sua maior parte, aos particulares.[398] A primeira opção caracteriza um sistema econômico, prevalentemente, socialista, enquanto na segunda o capitalista.

Para o economista Marco Antonio Saldoval de Vasconcellos[399], as economias de mercado aproximam-se do que chama de *eficiência alocativa*, pois quanto menos o governo intervir na atividade produtiva (e quando a propriedade é apenas do Estado a intervenção estatal é intensa), as forças de mercado tendem a estabilizar as preferências da sociedade, quando os ofertantes vão produzir aquilo que é demandado pelos consumidores, e não o que o Estado deseja. Por isso o autor defende este modelo econômico, chamando a atenção que os próprios governos comunistas – exemplificando Rússia e China – estão se abrindo cada vez mais para a iniciativa privada (economia de mercado).

Nesse sentido, a Lei Maior de um Estado (no nosso caso a Constituição) possui papel fundamental no que tange ao tratamento a ser conferido à propriedade dos bens, direitos e serviços que uma nação produz. Para Uadi Lammego Bulos:

---

[397] BUENO, Silveira. **Silveira Bueno**: minidicionário da língua portuguesa. ed. rev. e atual. São Paulo: FTD, 2000. p. 630.
[398] VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. **Economia**: micro e macro. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 7-9.
[399] VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. **Economia**: micro e macro. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 9.

> Pelo tratamento constitucional dispensado ao direito de propriedade sentiremos a anatomia do Estado, os princípios básicos que o regem. Saberemos, por exemplo, se é socialista ou capitalista, com todos os pormenores jurídicos, econômicos, políticos e sociais daí evidenciados. Trata-se, pois, de um direito nodular à fisiologia do Estado e, consequentemente, de toda a base jurídica da sociedade. Daí o seu status constitucional, porque ele não é mero direito individual, de natureza privada, e sim uma instituição jurídica que encontra amparo num complexo de normas constitucionais relativas à propriedade[400].

No caso do Estado brasileiro, a CRFB garantiu aos indivíduos o direito à propriedade, nos termos de seu artigo 5º, inciso XII.[401] No mesmo sentido se encontram o disposto no artigo 170, inciso II, que aduz expressamente que a ordem econômica observará o princípio da propriedade privada[402-403].

A partir daí, ligando o contexto econômico ao jurídico, denota-se que no Brasil se adotou o sistema de economia de mercados, que se caracteriza como o modelo de economia capitalista.

---

[400] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 615.

[401] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXII - é garantido o direito de propriedade;" (BRASIL. 1988).

[402] "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]
II - propriedade privada;" (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.).

[403] Manoel Jorge e Silva Neto entende que "a propriedade referida como direito individual não é a mesma daquela outra estabelecida como princípio geral da atividade econômica (art. 170, II); trata-se, aqui, de direito à aquisição de propriedade para satisfazer as condições mínimas de existência da pessoa.
"Lá, nos arts. 170 e seguintes, que disciplinam a Ordem Econômica, tenta-se consolidar o direito de acesso à propriedade, o que é algo distinto, cometendo-lhe, demais disso, uma função social, o que não ocorre com a propriedade destacada no inciso XXII do art. 5º". (SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008).

Contudo, tal direito não é absoluto,[404] havendo limitações previstas pela própria Constituição, remetendo à alguns institutos que podem ser assemelhados ao sistema de economia centralizada. Nem por isso perde a sua característica eminentemente capitalista.

Tais limitações podem ser resumidas, basicamente, na função social da propriedade. José Afonso da Silva aduz que os indivíduos terão garantido o seu direito de propriedade desde que atendam à sua função social. Nas palavras do autor: “A própria Constituição dá consequência a isso [não atendimento da função social] quando autoriza a desapropriação, com pagamento mediante título de propriedade que não cumpra sua função social (art. 182, §4º, e 184)”[405].

Sob tal aspecto Silvio de Salva Venosa anota que, quanto aos bens imóveis, nas sociedades primitivas o solo pertencia a toda a comunidade, caracterizando-se como uma propriedade coletiva, da qual exercia sua função social quando era habitada e utilizada pelos membros de determinado grupo ou tribo.[406]

Quanto à configuração da natureza jurídica, inicialmente fora criada uma teoria em que ela nascia de uma relação entre uma pessoa e uma coisa. Contudo, ao perceber que relações jurídicas operam apenas sobre pessoas, deixou-se a dita teoria de lado, passando-se a adotar novo ensinamento, a partir do qual se criou um sujeito passivo universal, representado por todos os indivíduos, que deveriam respeitar a propriedade de uma determinada pessoa sobre determinado bem. Nesse sentido é o viés civilista do instituto da propriedade, do qual integra o sub-ramo dos Direitos Reais. Para José Afonso da Silva, essa visão do direito de propriedade é limitada à visão do Direito

---

[404] "O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade" (STF, ADIn 2 .2 1 3 -MC, Rei. Min. Celso de Mello, DJ de 23-4-2004).

[405] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional, emenda constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 270.

[406] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil** – Direitos reais. v. 5. 12. ed. São Paulo: Atlas 2012. p. 157-158.

Privado, pois, segundo ele, “não alcança a complexidade do tema, que é resultante de um complexo de normas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado, e que pode interessar como relação jurídica e como instituição jurídica”[407].

Mas antes do reconhecimento da importância jurídica da propriedade, subsistiu (e ainda subsiste) a posse, que nada mais é do que um fato, no qual uma pessoa porta-se como se fosse proprietária de determinada coisa.

Como classificação dos diversos tipos de propriedade, temos a Pública e a Privada. Quanto à primeira incluem-se nela as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios:

> É a que tem como titular entidades de Direito Público: União, Estados, Distrito Federal e Municípios [...]. Qualquer bem pode ser de propriedade pública, mas há certas categorias que são por natureza destinadas à apropriação pública (vias de circulação, mar territorial, terrenos de marinha, terrenos marginais, praias, rios, lagos, águas de modo geral etc.), porque são bens predispostos a atender o interesse público, não cabendo sua apropriação privada. Dessa natureza são também as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, que, por isso mesmo, são terras públicas de propriedade da União, constitucionalmente vinculadas aos direitos originários dos índios sobre elas, para sua habitação permanente, e à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e às necessidades de sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (arts. 20, XI, e 231).
>
> A Constituição reconhece a propriedade pública: (a) ao incluir entre os bens da União aqueles enumerados no art. 20 e entre os dos Estados os indicados no art. 26; (b) ao autorizar a desapropriação, que consiste na transferência compulsória de bens privados para o domínio público, e (c) ao facultar a exploração direta de atividade econômica pelo Estado (art. 173) e o monopólio (art. 177), que importam apropriação pública de bens de produção[408].

---

[407] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional, emenda constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 271.

[408] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional, emenda constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 275.

Já a segunda (Privada) é aquela que pertence a um ou mais particulares, da qual, inclusive, o Estado presta tutela, ao conferir aos indivíduos o direito de se valerem das ações reivindicatórias, que asseguram a manutenção do direito de propriedade quando houver qualquer tipo de esbulho.

3.2.4.1 Nulidade dos Títulos das Terras ocupadas pelos Índios

De acordo com o parágrafo sexto do artigo 231 da Constituição da República, “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras” indígenas.[409] Tal assertiva quer dizer que os títulos de propriedade, mesmo que devidamente registrados no Ofício competente, na forma da Lei de Registros Públicos, serão nulos quando dispuserem sobre terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Esta disposição constitucional ignora o disposto no parágrafo segundo do artigo 1.245 do Código Civil, o qual dispõe que “enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel”[410], uma vez que para a decretação da nulidade do título no caso das terras indígenas, não haverá a mencionada ação judicial, pois a própria União Federal, por meio da FUNAI, promove a demarcação dessas terras de forma administrativa.

Além do Código Civil, o artigo 259 da Lei de Registros Públicos também é ignorado, pois dispõe que “o cancelamento não pode ser feito em virtude de sentença sujeita, ainda, a recurso”.[411] Ora, se a sentença pendente de recurso não é capaz de provocar a nulidade do título, atos administrativos menos ainda, motivo pelo qual se afere pela necessidade de provimento judicial transitado em julgado para o cancelamento do título.

---

[409] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
[410] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.
[411] BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm >. Acesso em: 10 dez. 2015.

Nesse sentido segue o artigo 250 da Lei de Registros Públicos, segundo o qual o cancelamento do título far-se-á em cumprimento de decisão judicial passada em julgado. As outras formas referem-se a requerimento das próprias partes envolvidas, com anuência do interessado[412].

É verdade que o mesmo artigo (250) prevê a possibilidade de a Fazenda Pública também promover a nulidade do título mediante processo administrativo, mas nesse caso está limitada às hipóteses de rescisão de título de domínio ou concessão de direito real de uso de imóvel rural, para fins fundiários, o que não necessariamente abrange supostas terras indígenas. Além disso, dito poder decorre da Lei nº 11.952/2009, não podendo atingir casos pretéritos, sob pena de inconstitucionalidade por ferir o direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil).

3.2.5 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Feral – STF quanto ao Tema – Terras Indígenas

O Supremo Tribunal Federal – STF vem interpretando o art. 20, incisos I e XI e art. 231, da CRFB, quanto ao alcance do direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, na forma do posicionamento firmado por ocasião do julgamento do RE 219.983-3, Rel. Min Marco Aurélio, ocasião em que firmou o entendimento de que as terras ocupadas por indígenas em passado remoto não se constituem em domínio da União Federal, segundo as regras do Art. 20, incisos I e XI, da Constituição Federal de 1988:

> BENS DA UNIÃO - TERRAS - ALDEAMENTOS INDÍGENAS - ARTIGO 20, INCISOS I E XI, DA CARTA DA REPÚBLICA - ALCANCE. As regras definidoras do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal de 1988 não albergam terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas[413].

---

[412] BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm >. Acesso em: 10 dez. 2015.
[413] BRASIL, STF **Acórdão.** (219983.NUME. OU 219983.ACMS) Disponível em:

No acórdão sob análise, decidido de forma unânime, pelo plenário da Suprema Corte, ficou consignado que o preceito constitucional, art. 231 da CRFB, veio albergar uma situação fática encontrada na data de sua promulgação, ou seja, 05 de outubro de 1988, nesse sentido o voto do relator:

> A essa altura, cabe indagar: nas previsões das Cartas pretéritas e na da atual, no que alude a "... terras que tradicionalmente ocupam...", é dado concluir estarem albergadas situações há muito ultrapassadas, ou seja, as terras que foram, em tempos idos, ocupadas por indígenas? A resposta é, desenganadamente, negativa, considerando não só o princípio da razoabilidade, pressupondo-se o que normalmente ocorre, como também a própria letra dos preceitos constitucionais envolvidos. Os das Cartas anteriores, que versavam sobre a situação das terras dos silvícolas, diziam da ocupação, ou seja, de um estado atual em que se revela a própria posse das terras pelos indígenas. O legislador de 1988 foi pedagógico. Após mencionar, na cabeça do artigo 231, a ocupação, utilizando-se da expressão "... as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens", veio, no § 1.º desse mesmo artigo, a definir o que se entende como terras tradicionalmente ocupadas[414].

Na mesma decisão, corroborando com a necessidade do dado fático da ocupação tradicional efetiva pelos indígenas, para o reconhecimento do direito à ocupação é esclarecedor o do voto do Min. Nelson Jobim: "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 posse"[415].

Também o voto do Ministro Carlos Velloso, destacou a necessidade da posse atual pelos indígenas: "A disposição inscrita no inciso XI, do art. 20,

---

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28219983%2ENUME%2E+OU+219983%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gmco29w. Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

[414] BRASIL, STF **Acórdão.** (219983.NUME. OU 219983.ACMS) Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28219983%2ENUME%2E+OU+219983%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gmco29w. Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

[415] BRASIL, STF **Acórdão.** (219983.NUME. OU 219983.ACMS) Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28219983%2ENUME%2E+OU+219983%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gmco29w. Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

da Constituição Federal – terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – requer ocupação atual”[416].

Em razão desse e outros precedentes o Supremo Tribunal editou a Súmula n.° 650: “Súmula 650 - Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”[417].

Tem se tornado paradigma o julgamento do Supremo Tribunal Federal, na Pet 3388/RR[418], plenário, da relatoria do Min. Carlos A. Britto, cuja decisão se alinha com o precedente anteriormente citado quanto à necessidade de ocupação efetiva pelos índios, de certo território, para ver reconhecido seus direitos originários sobre ele. Esclareceu o relator que o momento de aferição dessa ocupação é a data de promulgação da atual constituição – 05 de outubro de 1988 e que a ocupação coletiva de um certo espaço fundiário ostente o caráter da perduralidade no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. Acrescentou que a tradicionalidade da ocupação não se perde quanto ao tempo da promulgação da constituição de 1988, a reocupação só não ocorreu em razão de renitente esbulho por parte de não-índios. Retira-se da ementa do acórdão:

> 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa —— a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) —— como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que

[416] BRASIL, STF **Acórdão.** (219983.NUME. OU 219983.ACMS) Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28219983%2ENUME%2E+OU+219983%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gmco29w. Acesso em 12 de Janeiro de 2016.
[417] BRASIL, STF. **Súmula** (650.NUME.) Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28650%2ENUME%2E%29%29+NAO+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/h5s3exz. Acesso em 12 de Janeiro de 2016.
[418] BRASIL, STF. **Pet 3388 / RR** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388%2ENUME%2E+OU+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2hxog9**.** Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

> tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios[419].

No voto do Relator, Ministro Ayres Britto, ficou enfatizado que o direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, não se compreendem àquelas que venham a ocupar, tampouco às terras já ocupadas em outras épocas, mas sem a continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo de 5 de outubro de 1988, mesmo que essa referência estivesse grafada em constituição anterior:

> Terras que tradicionalmente **ocupam**, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma *pá de cal* nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: **a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.** (...) Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a **chapa radiográfica** da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine [...][420].

---

[419] BRASIL, STF. **Pet 3388 / RR** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388%2ENUME%2E+OU+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2hxog9**.** Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

[420] BRASIL, STF. **Pet 3388 / RR** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388%2ENUME%2E+OU+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2hxog9**.** Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

No julgamento da Pet 3388, o Supremo Tribunal Federal, ainda estabeleceu 19 (dezenove) condições, ou condicionantes, para a demarcação e ocupação de terras indígenas:

Nas condicionantes um e dois, ficou estabelecido que o direito ao usufruto das riquezas do solo, dos rios, e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser condicionado no caso de relevante interesse público da União, conforme dispuser Lei Complementar. Também interpretou que o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento dos recursos hídricos e potenciais energéticos, cuja utilização dependerá de autorização do Congresso Nacional:

> 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 art. 231, § 6.º, da Constituição Federal, o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar; 2. O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento dos recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional[421].

Nas condicionantes três e quatro ficou estabelecido que a pesquisa e a lavra das riquezas minerais não se inclui no usufruto dos índios, sendo-lhes garantida a participação no resultado da lavra, na forma da lei, cuja exploração depende de autorização do Congresso Nacional. Também a garimpagem e a faiscação não se incluem no usufruto dos índios, podendo ser obtida a permissão da lavra garimpeira:

> 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[422];

---

[421] BRASIL, STF. **Pet 3388 / RR** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388%2ENUME%2E+OU+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2hxog9**.** Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

[422] BRASIL, STF. **Pet 3388 / RR** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388%2ENUME%2E

Nas condicionantes cinco, seis e sete, ficou estabelecido que o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional e que a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, independe de consulta às comunidades indígenas e à Funai e que o usufruto dos índios não impede a instalação de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos especialmente os de saúde e de educação:

> 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 reguardo 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[423];

Nas condicionantes oito, nove e dez ficou estabelecido que o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes, que responderá pela área de proteção ambiental, com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando em conta seus usos, as tradições e os costumes, podendo contar com a participação da Funai e que o trânsito de visitantes

---

+OU+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2hxog9**.** Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

[423] BRASIL, STF. **Pet 3388 / RR** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388%2ENUME%2E+OU+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2hxog9**.** Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

pesquisadores não índios deve ser admitido, em horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes:

> 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 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 os costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consulta 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[424].

Nas condicionantes onze, doze e treze, ficou estabelecido que o ingresso e permanência de não índios deve ser admitida, com a observância das condições estabelecidas pela Funai, que esse ingresso não pode ser objeto de cobrança e que a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá ser exigida em troca da utilização de estradas ou outros equipamentos públicos:

> 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, o trânsito e a permanência de não índios não podem 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 que tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não[425];

---

[424] BRASIL, STF. **Pet 3388 / RR** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388%2ENUME%2E+OU+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2hxog9**.** Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

[425] BRASIL, STF. **Pet 3388 / RR** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388%2ENUME%2E

Nas condicionantes quatorze, quinze e dezesseis ficou estabelecido que as terras indígenas não poderão ser arrendadas, nem sofrer qualquer negócio que restrinja o usufruto e a posse direta pela comunidade indígena, que a prática da caça, pesca ou coleta de frutas e a atividade agropecuária extrativa é vedada a qualquer pessoa estranha ao grupo tribal. Também ficou esclarecido que a terra de posse indígena, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e a renda indígena gozam de imunidade tributária.

> 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 jurídica; 15. É vedada, nas terras indígenas, a 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 nos arts. 49, XVI e 231, § 3.º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros[426].

Nas condicionantes dezessete, dezoito e dezenove, ficou estabelecido que a terra indígena já demarcada não poderá ser objeto de ampliação e que são imprescritíveis os direitos dos índios relacionados às suas terras, que também são inalienáveis e indisponíveis. Por fim ficou assegurado a participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação de terras indígenas.

> 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

---

+OU+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2hxog9**.** Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

[426] BRASIL, STF. **Pet 3388 / RR** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388%2ENUME%2E+OU+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2hxog9**.** Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

> indisponíveis; e 19. É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação[427].

No julgamento dos Embargos de Declaração na Pet. 3388, Rel. Min. Roberto Barroso, ficou destacado que os fundamentos adotados pelo STF, não se estendem, de forma automática a outros processos em que se discuta matéria similar, sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se pretenda a superação de suas razões:

> 4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite a superação de suas razões[428].

Nesse sentido, no julgamento do RMS 29087/DF, Relator Ricardo Levandowski - Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, ficou assentado, na linha dos precedentes citados, de que, a data da promulgação da CRFB (5.10.1988) é marco temporal insubstituível para a verificação da existência da comunidade indígena e da efetiva e formal ocupação para a configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. No caso, a prova dos autos indicava de que há setenta anos não havia posse indígena na área contestada. Entendeu o STF de que na hipótese de a União entender ser conveniente deverá adotar a desapropriação, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário:

---

[427] BRASIL, STF. **Pet 3388 / RR** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388%2ENUME%2E+OU+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2hxog9**.** Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

[428] BRASIL, STF. **Pet 3388 ED / RR** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388%2ENUME%2E+OU+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2hxog9**.** Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

> DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. 1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. 2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). 3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol). 4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança **(**RMS 29087 / DF) Rel. RICARDO LEWANDOWSKI - Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES Segunda Turma - DJe-200 PUBLIC 14-10-2014[429].

Ficou destacado no voto do Ministro Gilmar Mendes, no que foi acompanhado pela unanimidade dos Ministros da Segunda Turma do STF, a necessidade de se observar o marco temporal da existência de comunidade indígena (5.10.1988), para o reconhecimento ao direito às terras ocupadas, assim como a necessidade de o processo demarcatório ter que observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol):

---

[429] BRASIL, STF.**RMS 29087** / DF - RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2829087%2ENUME%2E+OU+29087%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jnlvd37 Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

> 1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal, não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. 2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). 3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol)[430].

Também no sentido de se respeitar o marco temporal da ocupação e também as condicionantes estabelecidas no precedente formado no julgamento da Pet 3388, anteriormente citado, quanto à proibição de ampliação de área já demarcada, antes ou depois de Constituição de 1988, no julgamento do RMS 29542[431], da relatoria da Ministra Carmen Lúcia, a 2.ª Turma do STF assentou que as condicionantes estabelecidas no julgamento paradigma são de observação obrigatória da Administração Pública (União/Funai):

> EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TERRA INDÍGENA DEMARCADA NA DÉCADA DE 1970. HOMOLOGAÇÃO POR DECRETO PRESIDENCIAL DE 1983: REVISÃO E AMPLIAÇÃO. PORTARIA N. 3.588/2009 DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. ALEGADOS VÍCIOS E IRREGULARIDADES NO PROCESSO DEMARCATÓRIO PRECEDENTE. DELIMITAÇÃO DE ÁREA INFERIOR À REINVIDICADA. ADEQUAÇÃO AOS PARÂMETROS DE POSSE TRADICIONAL INDÍGENA (ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPOSSIBILIDADE. CASO RAPOSA SERRA DO SOL (PETIÇÃO N. 3.388/RR). FIXAÇÃO DE REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS

---

[430] BRASIL, STF.**RMS 29087** / DF - RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Disponívelem:http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2829087%2ENUME%2E+OU+29087%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jnlvd37 Acesso em 12 de Janeiro de 2016.

[431] BRASIL, STF, **AI 29542** / PE - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2829542%2ENUME%2E+OU+29542%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zcc3pye Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

> INDÍGENAS NO BRASIL. DESATENDIMENTO DA SALVAGUARDA INSTITUCIONAL PROIBITIVA DE AMPLIAÇÃO DE TERRA INDÍGENA DEMARCADA ANTES OU DEPOIS DA PROMULGAÇÃO DE 1988. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO**. (**MS 29542 / DF – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA **-** Segunda Turma **-** DJe-223 - PUBLIC 13-11-2014[432].

No caso, trata-se da condicionante nº 17, que estabelece: "É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada". Retira-se do voto da relatora, que a autotutela da Administração Pública há de ser exercida no prazo de cinco anos, conforme o art. 54 da Lei n. 9.754/199: "O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé"[433].

Destaca-se que essa pretensão, de ampliar a área indígena já demarcada, se consentida, debilitaria o princípio da segurança jurídica, mitigando a confiança nos atos praticados pela Administração:

> A autotutela da Administração Pública, seu dever-poder de, em estrita obediência ao princípio da legalidade, anular atos ilegais e contrários aos interesses públicos e revogar aqueles tidos como inconvenientes ou inoportunos, há de ser exercida no prazo de cinco anos conferido pelo art. 54 da Lei n. 9.754/1999. Não se há de admitir a ampliação administrativa dos limites de reserva indígena demarcada e homologada há mais de 30 anos. Essa pretensão, se consentida, debilitaria o princípio da segurança jurídica, mitigando a confiança nos atos praticados pela Administração[434].

Continua o voto esclarecendo que a mudança de enfoque atribuído à questão indígena a partir da promulgação da CRFB de 1988, não é

---

[432] BRASIL, STF, **AI 29542** / PE - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2829542%2ENUME%2E+OU+29542%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zcc3pye Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

[433] BRASIL, Planalto. Lei n. 9.754/199. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm, acesso em 12 de Janeiro de 2016.

[434] BRASIL, STF, **AI 29542** / PE - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2829542%2ENUME%2E+OU+29542%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zcc3pye Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

fundamentação idônea para amparar revisão administrativa dos limites da terra indígena já demarcada, em especial, quando exaurido o prazo decadencial para a revisão dos atos pela própria administração:

> A mudança de enfoque atribuído à questão indígena a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, que marcou a evolução de uma perspectiva integracionista para a de preservação cultural de grupamento étnico, não é fundamentação idônea para amparar a revisão administrativa dos limites da terra indígena já demarcada, em especial quando exaurido o prazo decadencial para revisão de seus atos[435].

Também no julgamento do ARE 803462 AgR/MS, da relatoria do Ministro Teori Zawaski, Segunda Turma, tem-se observado o marco temporal, assim como as condicionantes:

> Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA "LIMÃO VERDE". ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. 2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014. 3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou,

[435] BRASIL, STF, **AI 29542** / PE - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2829542%2ENUME%2E+OU+29542%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zcc3pye Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

> pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. 4. Agravo regimental a que se dá provimento **(**ARE 803462 AgR / MS - MATO GROSSO DO SUL Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Segunda Turma DJe-029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015[436].

No acórdão citado, além de reafirmar a jurisprudência formada a partir do RE 219.983-3, Súmula 650 e Pet 3388, esclareceu a questão do renitente esbulho, que restou afastado no caso, em que ficou consignado:

> O que se tem nessa argumentação, bem se percebe, é a constatação de que, no passado, as terras questionadas foram efetivamente ocupadas pelos índios, fato que é indiscutível. Todavia, renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.[437]

Como se verifica no estudo realizado nesse terceiro capítulo, a CRFB, foi um marco para a América Latina, no sentido de garantir aos povos indígenas, não só o direito sobre os espaços geográficos ainda ocupados, mas como a garantia de preservação de seus costumes, hábitos, crenças e tradições. O que significa no Brasil a proteção dessa minoria étnica. Grande parte dos países na América Latina promulgou novas constituições, ou mesmo reformou as existentes, nas décadas de 1980 e 1990, após um período de Regimes Militares, tomando a Constituição brasileira de 1988, como referencial.

---

[436] BRASIL, STF. **ARE 803462** AgR / MS - MATO GROSSO DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO**.** Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28803462%2ENUME%2E+OU+803462%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hzvel3d**.** Acesso em 12 de janeiro de 2016.

[437] BRASIL, STF. **ARE 803462** AgR / MS - MATO GROSSO DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO**.** Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28803462%2ENUME%2E+OU+803462%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hzvel3d**.** Acesso em 12 de janeiro de 2016.

O constituinte brasileiro de 1988, inseriu o Capítulo VIII, do Título VIII, na Constituição, dedicando os artigos 231 e 232 aos índios, onde se assegurou, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o direito à sua organização social, costumes, língua e tradições; atribuindo competência à União para demarcar as terras, proteger e fazer respeitar os seus bens. O artigo 20, XI, da CRFB define que as terras ocupadas pelos índios são bens da União.

No estudo realizado a doutrina majoritária aponta que o direito dos índios sobre as terras alcança as efetivamente ocupadas por ocasião da promulgação da Constituição, no dia 5 de outubro de 1988. Esclarece que essa ocupação deve preencher quatro condições como restou conceituado no próprio texto da CRFB, em seu artigo 231, §1°, quais sejam: aquelas ocupadas por eles em caráter permanente de acordo com sua tradição; utilizadas para suas atividades produtivas; as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

A jurisprudência que se formou no STF, a partir do julgamento do RE 219.983-3 (Plenário), Súmula 650, e no julgamento PET 3388, acima citados, esclareceu que esse direito dos índios, sobre às terras que ocupam, requer sua ocupação atual, ou seja, 5 de outubro de 1988, não abrangendo aldeamentos extintos no passado. No julgamento da PET 3388 foram definidas 19 condicionantes, acima citadas, para a demarcação de terras indígenas. Embora não se estendam de forma automática a outros processos o Acórdão sustenta força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte Brasil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve por objetivo investigar a questão do direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam. As hipóteses para essa análise foram: o marco temporal da ocupação; o modo da posse de acordo com seus usos, costumes e tradições; a competência para a delimitação e demarcação da União, através da FUNAI; o processo de identificação e a observância do direito à ampla defesa e ao contraditório de todas as pessoas interessadas, havendo posse e títulos de domínio de não-índios, que devem ter assegurado o direito de participação do processo desde o seu início; o possível confronto entre os casos de declaração de nulidade dos títulos de domínio e a garantia constitucional da propriedade privada.

No capítulo primeiro, foi desenvolvido um histórico da conquista das Américas pelos espanhóis e portugueses, o tratamento dado aos povos indígenas durante o período do Brasil Colônia e Império. Portugueses e espanhóis não tiveram clareza de como tratar os povos das terras recém achadas/descobertas. Haveriam de ter direitos uma vez que se discutia a possibilidade de esses povos serem possuidores ou não de alma? Em 1537, a bula do Papa Paulo III, declarou os indígenas entes humanos, como os demais seres humanos.

Surgiram debates doutrinários públicos, como a Junta de Valladolid, no ano de 1550, cujo debate concentrou-se em torno da controvérsia entre os padres espanhóis Juan Ginés Sepúlveda e Bartolomé de Las Casas. Ambos concordaram que era necessário cristianizar os povos indígenas; o primeiro defendia que importava dominá-los pela força e justificava a Guerra Justa, uma vez que os considerava bárbaros. Contra esse argumento, Las Casas defendia que não havia jurisdição, nem por parte da Igreja, nem por parte da Coroa, para castigar os índios pelos fatos considerados crime pelos europeus. Para sua teoria Las Casas recebeu apoio de Francisco de Vitória, a quem é atribuída a formulação do direito natural a partir da razão, comum a todos os seres humanos, antes mesmo de Hugo Grotius. Para Vitória o direito natural deveria transcender o direito positivo, mas nestes deveria inscrever-se.

Em 1552, o Rei português Dom João III, confiou aos padres jesuítas o trabalho de conversão e a criação de aldeias – o aldeamento pareceu uma forma de facilitar a catequese.

Em 1680, através do Alvará régio de 1º de abril, deu-se o reconhecimento da coroa portuguesa do direito dos índios aos seus territórios. Em 1755, esse direito estendeu-se, por outro alvará régio, a todo território brasileiro. O que foi invalidado com a chegada da família real ao Brasil em 1808, quando se declarou guerra justa e foi aprovado o uso da força como instrumento de persuasão.

No Brasil Império, a partir da Lei 601, de 1850, a reserva de terras para ocupação indígena passou a depender de ato do Império.

No capítulo segundo se tratou da competência para reservar terras para ocupação indígena como atribuição dos estados – entes da federação criados pela Constituição Republicana de 1891. Em 1910 foi criado o Serviço de Proteção ao Índio – SPI, que teve entre seus objetivos promover, sempre que possível e pelos meios legais a restituição das terras que lhes foram usurpadas. Para a execução da política de integração e pacificação dos índios foi importante a contribuição de Marechal Cândido Rondon, primeiro diretor do SPI.

A Constituição de 1934 foi a primeira a dar proteção à posse e atribuiu competência legislativa à União para tratar da incorporação dos índios à comunhão nacional. As constituições seguintes, de 1937, 1946, mantiveram basicamente o mesmo texto da anterior.

A Constituição de 1967 foi a primeira a incluir as terras ocupadas pelos silvícolas como propriedade da União e a competência em legislar sobre sua incorporação à comunhão nacional.

Através da Emenda 1, de 1969, foi inserido o artigo 198, que estabelecia, que as terras ocupadas pelos índios eram inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, reconhecendo-lhes ainda a posse permanente e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais. O § 1º do mesmo artigo,

estabelecia que ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto a posse ou ocupação de terras habitadas por silvícolas.

Ainda no ano de 1967, foi criada a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, para substituir o SPI, tendo entre suas competências a demarcação de terras ocupadas pelos índios. A demarcação das terras realizadas pela FUNAI, atualmente, é regida pelo Decreto 1775, de 8 de janeiro de 1986, embora declarado constitucional pelo STF, esse decreto contém lacunas, já que não prevê a intimação para o exercício do contraditório e da ampla defesa das pessoas ocupantes da área que está sendo demarcada. Essa lacuna ofende o artigo 5º LV, da CRFB, assim como o artigo 3º, II, da Lei 9784, de 1999. No processo de demarcação, no caso de declaração de nulidade de títulos incidentes sobre a área demarcada, a indenização alcança apenas as benfeitorias de boa fé existentes sobre a área.

No terceiro capítulo, efetuou-se um estudo de constituições latino americanas, onde se verificou que a CRFB, foi um marco para a América Latina, no sentido de garantir aos povos indígenas, não só o direito sobre os espaços geográficos ainda ocupados, mas como a garantia de preservação de seus costumes, hábitos, crenças e tradições. O que no Brasil significou a proteção dessa minoria étnica. Grande parte dos países na América Latina promulgou novas constituições, ou mesmo reformou as existentes, nas décadas de 1980 e 1990, após um período de Regimes Militares, tomando a Constituição brasileira promulgada em 1988 como referencial.

O constituinte brasileiro de 1988 inseriu o capítulo VIII na Constituição, dedicando os artigos 231 e 232 aos índios, onde se assegura além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sua organização social, costumes, língua e tradições, atribuindo competência à União para demarcar as terras proteger e fazer respeitar os seus bens. No artigo 20, XI, da constituição que as terras ocupadas pelos índios são bens da União.

Segundo a doutrina majoritária e o entendimento do STF, o marco temporal de ocupação para caracterização de terra indígena é a promulgação

da CRFB, ou seja 5 de outubro de 1988. E que a ocupação coletiva de um certo espaço fundiário ostente o caráter da perduralidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A ocupação também deve ostentar o caráter da tradicionalidade, de acordo com os usos e costumes do grupo indígena. Não compreendendo os casos de terras que venham a ocupar ou as ocupadas em outras épocas sem continuidade para alcançar o marco de 5 de outubro de 1988. Sem dúvida conforme o próprio preceito constitucional, as terras ocupadas são bens da União, competindo a ela sua demarcação, cuja atribuição é da FUNAI, investida para esse ato através de lei. O processo de identificação está estabelecido pelo Decreto Federal 1775, de 1996, declarado constitucional pelo STF, todavia ostenta lacunas por não prever a intimação ou citação dos eventuais interessados, ocupantes da área a ser demarcada desde o início do processo. O que causa, sem dúvida, prejuízo à defesa e ofende o art. 5º, LV, da CRFB e o artigo 3º, II, da Lei 9.784, de 1999. O direito à propriedade privada é uma garantia da CRFB, a incidência do § 6º, do art 231, apenas pode ocorrer quando as terras sejam efetivamente ocupadas por índios e que os títulos não sejam anteriores à entrada em vigor do referido artigo, sob pena de violar a garantia da propriedade privada.

Conclui-se que a CRFB não trouxe antagonismo entre o direito à propriedade privada e o direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, não está na matriz constitucional o surgimento de conflitos fundiários entre índios e não-índios. Não emana da exegese constitucional a expulsão de proprietários de terras adquiridas, segundo as normas de regência da época da aquisição. Não se encontra no texto constitucional a ideia de retroação para assegurar aos povos indígenas, terras por eles não habitadas quando da promulgação da CRFB. Não alcança a desconstituição retroativa do direito de propriedade, legitimamente adquirida, através de atos jurídicos perfeitos, garantindo aos índios o direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam de acordo com uma situação fática preexistente à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

ALBARADO, Ádria. Roraima: 46% do território pertence a povos indígenas. **Portal Amazônia**. 19 de abr. 2013. Disponível em: <http://www.portalamazonia.com.br/editoria/atualidades/roraima-46-do-territorio-pertence-a-povos-indigenas/>. Acesso em: 6 set. 2015.

ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo: Brasil, v. I, p. 277, 2009.

ARGENTINA. Constituição (1994). **Constituição da Nação Argentina**. Buenos Aires. 1994. Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003.

BOLÍVIA. Constituição (2009). **Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia**. Sucre, 2009. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Portaria nº 303**, de 16 de julho de 2012. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/596939>. Acesso em: 18 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1891. In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras. Brasília: Senado federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de estudos Estratégicos, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 1.775**, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 6 de set. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 1368**, de 30 de janeiro de 1854. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM1318.htm>. Acesso em jan. 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional n° 1**, de 17 de outubro de 1969. Brasília, DF: Senado Federal, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 4 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. **Lei nº 1318**, de 1854. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM1318.htm>. Acesso em jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 5.371**, de 05 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm>. Acesso em: 28 set. 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.001**, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 28 de set. 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 17 set. 2015.

BRASIL. **Lei nº 601**, de 18 de setembro de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em jan. 2016.

BRASIL. Ministro Lewandowski inaugura polo de conciliação indígena inédito no país. **Supremo Tribunal Federal**. 5 set. 2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299145>. Acesso em: 6 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em **Recurso Especial nº 1361948/PE**, Brasília, 10 de setembro de 2013. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA

&sequencial=636408&num_registro=200600495208&data=20060821&formato=PDF>. Acesso em: 29 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 55.792/BA**, Brasília, 26 de junho de 2006. Rel. Ministra LAURITA VAZ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=636408&num_registro=200600495208&data=20060821&formato=PDF>.Acesso em: 29 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 243.794/MS**, Brasília, 24 de março de 2014. Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1303652&num_registro=201201086078&data=20140324&formato=PDF>. Acesso em: 29 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1146557/SC**. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 25 de maio de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9888131&num_registro=200901222712&data=20100609&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 15 set. 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoConstituicao>. Acesso em 07.01.2016, às 21:00 hs.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão da Petição n. 3.388.** Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 19-03-2009. Publicado no DJe em 01-07-2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>. Acesso em 25 de junho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.**stf**.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2783666>. Acesso em jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21.649**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 1 de junho de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020796&base=baseAcordaos>. Acesso em: 22 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.045**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 24 de abril de 2005. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86078>. Acesso em: 22 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.268**. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 05 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>. Acesso em: 15 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet. 3.388**, Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, DF, 13 de março de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 3 out. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.022826-1**. Relatora: Des. Federal Vânia Hack de Almeida. Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7714286&>. Acesso em: 28 set. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível e Reexame Necessário nº 5001335-13.2012.404.7012**. Relator: Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior. Porto Alegre, 26 de junho de 2015. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7599684>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5000068-53.2010.404.7213**. Relatora: Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 01 de setembro de 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7714286&>. Acesso em: 28 set. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5003928-30.2012.404.7104**. Relator para Acórdão: Des. Federal Acórdão Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 16 de julho de 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7563140>. Acesso em: 28 set. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 2003.72.02.004283-4**. Relator: Des. Federal Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 14 de julho de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4297326>. Acesso em: 28 set. 2015.

BUENO, Silveira. **Silveira Bueno**: minidicionário da língua portuguesa. ed. rev. e atual. São Paulo: FTD, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n.83/2014, e os últimos julgados do supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva. 2015.

CANOTILHO, Gomes J.J. et al.(Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988** Vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.) **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal da Cultura: FAPESP, 1992.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico***.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ECHAUDEMAISON, Claude-Danièle (coord.). **Dicionário de economia e ciências sociais**. Porto: Porto Editora, 2001.

EQUADOR. **Constituição do Equador**. 2008. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalFoco&idConteudo=195972>. Acesso em 20 de jan. 2016.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. 4. São Paulo: Saraiva. 1995.

GUARACY, Thales. **A Conquista do Brasil**: como um caçador de homens, um padre gago e um exército exterminador transformaram a terra inóspita dos primeiros viajantes no maior país da América Latina. São Paulo: Planeta, 2015.

GUTIÉRREZ, Jorge Luís. A controvérsia de Valladolid (1550): Aristóteles, os índios e a guerra justa. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 223-235, mar./abr./maio 2014.

[1]GRUN, Anselm; ROBBEN, Ramona. **Estabelecer Limites - Respeitar Limites**: Segredo para relações interpessoais bem sucedidas. Tradução de Lorena Richter. 3ª ed., Petrópolis: Vozes, 2010.

KAISER, Hartmut-Emanuel. **Os Direitos dos Povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Kaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010.

MAIA, Luciano Mariz. Direitos Humanos das Minorias Étnicas e Religiosas e as Desigualdades Sociais e Regionais. In: REGIS, André; MAIA, Luciano Mariz. **Direitos humanos, impeachment e outras questões constitucionais**: uma coletânea de artigos. Recife: Base; João Pessoa: Universitária, 2004.

MAIA, Luciano Mariz. **Os Direitos das Minorias Étnicas**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/lmaia_minorias.html s/d. Acesso em: 20 de jan. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros: 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MESGRAVIS, Laima. **História do Brasil Colônia**. São Paulo: Contexto, 2015.

MORAES. Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os Índios e a Ordem Imperial**. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005.

MOREIRA, Vânia Maria Losada. Terras Indígenas do Espírito Santo sob o Regime Territorial de 1850. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 22, n. 43, p. 153-169, 2002.

PEREIRA SOUZA, Helder Felix. Bartolomé de Las Casas e a Controvérsia de Valladolid: o deslocamento dos Direitos Humanos e do surgimento do Biopoder. **Revista Urutágua –** Acadêmica Multidisciplinar – DCS/UEM, n. 27, nov. 2012/abr. 2013.

POUMARÈDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert (org.). **Direito das Minorias e dos Povos Autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

RIBEIRO, Darcy. **Os Índios e a Civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1970.

1993 Juliana (Coord.). **Os direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor.1993.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. Curitiba: Juruá, 2015.

SÃO PAULO. **Recurso extraordinário nº 219.983-3 SP**. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22779926/agreg-no-recurso-extraordinario-re-629993-df-stf/inteiro-teor-110985334>. Acesso em jan. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*.* 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 8. ed. atual. Até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores. S/D.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional, emenda constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

____. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor. Ano 1993.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1. ed., (ano 1998), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

STEFANINI, Luiz de Lima. **Código Indígena no Direito Brasileiro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

STF. **Recurso extraordinário nº 629993 DF-STF**. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22779926/agreg-no-recurso-extraordinario-re-629993-df-stf/inteiro-teor-110985334>. Acesso em jan. 2016.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor. 1993.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. **Economia**: micro e macro. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENEZUELA. Constituição (1999). **Constituição da República Bolivariana da Venezuela**. Georgetown. 1999. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Venezuela/Leyes/constitucion.pdf>. Acesso em: 01 out. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil** – Direitos reais. v. 5. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater, **Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLAS BÔAS, Orlando. 1914-2002. **Orlando Villas Bôas**: história e causos. São Paulo: FTD, 2006.

WEISSHEIMER, Loreno; UBA, André Emiliano. Globalização e tutela das minorias étnicas. In. OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio (orgs). **As Trajetórias Multidimensionais da Globalização**. [recurso eletrônico]. Itajaí: Univali, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters **Constitucionalismo Latino Americano** – Tendências Contemporâneas. Publicado em 28/05/2013. ISBN: 978853624255-2.