



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**A POSSE DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS
PELOS ÍNDIOS COMO UM INSTITUTO DIVERSO DA POSSE
CIVIL E SUA QUALIFICAÇÃO COMO UM DIREITO
CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL**

Luís de Freitas Júnior

Fortaleza - CE
Abril, 2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

LUÍS DE FREITAS JÚNIOR

**A POSSE DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS
PELOS ÍNDIOS COMO UM INSTITUTO DIVERSO DA POSSE
CIVIL E SUA QUALIFICAÇÃO COMO UM DIREITO
CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Joyceane Bezerra de Menezes.

Fortaleza - CE
2010

F866p Freitas Júnior, Luís de.

A posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como um instituto diverso da posse civil e sua qualificação como um direito constitucional fundamental / Luís de Freitas Júnior. - 2010.
247 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2010.
“Orientação: Profa. Dra. Joyceane Bezerra de Menezes.”

1. Posse indígena. 2. Direitos fundamentais. 3. Constituição de 1988.
4. Posse da terra. I. Título.

CDU 347.251(=87)

LUÍS DE FREITAS JÚNIOR

**A POSSE DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS
PELOS ÍNDIOS COMO UM INSTITUTO DIVERSO DA POSSE
CIVIL E SUA QUALIFICAÇÃO COMO UM DIREITO
CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL**

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Joyceane Bezerra de Menezes
Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas
Universidade do Estado do Amazonas - UEA

Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa
Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Dissertação aprovada em: 23/04/2010

À minha mãe, por tanta ternura...

AGRADECIMENTOS

Ao Grande Arquiteto do Universo por se constituir em pedra angular em minha existência;

À professora Joyceane Menezes, por confiar, orientar, corrigir, persistir e estimular-me;

Aos professores Fernando Dantas e Gustavo Feitosa por disponibilizarem-se em fazer parte desta banca examinadora;

A todos os professores e funcionários do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional;

Aos meus familiares e amigos, especialmente aos colegas de mestrado;

À Advocacia-Geral da União – AGU e seus órgãos, pelo apoio a este trabalho e pela defesa incondicional da causa indígena deste país;

Aos povos indígenas do Brasil, especialmente às comunidades indígenas do Ceará, que, ao longo desse período de trabalho em conjunto, mostraram-me a importância da salvaguarda dos seus direitos e, assim, deram-me um sentido a mais para cada amanhecer.

“O que fizemos apenas por nós mesmos, morre conosco. O que fizemos pelos outros e pelo mundo, permanece e é imortal.”

Albert Pike

RESUMO

Esta dissertação compreende um estudo acerca do direito fundamental dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. Previamente, foi realizado um estudo sobre as definições legais de índio e comunidade indígena no direito brasileiro e sobre a evolução constitucional do instituto da posse indígena no Brasil, a partir da Constituição Imperial de 1824, com vistas a facilitar a compreensão do referido instituto. Verifica-se que os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam são reconhecidos literalmente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como direitos originários, anteriores, portanto, ao próprio advento do Estado brasileiro. A posse dessas terras tradicionalmente ocupadas é permanentemente garantida aos índios, mesmo que sua propriedade pertença à União. A determinação da posse indígena se faz não a partir dos elementos que determinam a existência da posse civil, e sim de acordo com o modo de vida tradicional da comunidade indígena que ocupa a terra, ou seja, conforme seus usos, seus costumes e suas tradições. Defende-se que o direito constitucional dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam tem natureza de direito fundamental, embora não esteja previsto no rol do art. 5º da CF. Contudo, esse direito adequa-se ao previsto no art. 5º, §2º da CF, que reconhece a fundamentalidade dos preceitos insertos em tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil faz parte, bem como os decorrentes dos princípios e do regime constitucional. A partir daí, elencam-se as características dos direitos fundamentais e verifica-se que elas estão presentes no direito dos índios às suas terras, gerando consequências jurídicas de grande importância para se buscar a efetividade de tal direito. Ao final, é trazido julgamento emblemático da história recente sobre direitos indígenas onde o Supremo Tribunal Federal expõe sua compreensão e confirma algumas das teorias defendidas neste trabalho.

Palavras-chave: Posse indígena. Posse civil. Constituição Federal. Direito fundamental. Efetividade.

ABSTRACT

This paper includes a study on the fundamental rights of indigenous peoples on the lands they traditionally occupy, as the Constitution of the Federative Republic of Brazil enacted in 1988. Previously, a study was conducted on the legal definitions of indigenous peoples and indigenous communities in Brazilian law and on the constitutional development of indigenous territory rights in Brazil, since the Imperial Constitution of 1824, in order to facilitate understanding of land possession. It has been verified that the rights of indigenous peoples on the lands they traditionally occupy are recognized by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 as originary rights, therefore predating the emergence of the Brazilian State. Possession of traditionally occupied lands is thus permanently secured to the indigenous peoples, notwithstanding land property rights of the Brazilian Federal Union. The grant of indigenous land possession is done not out of the elements that determine the existence of a civilian ownership, but according to the traditional way of life of the indigenous community that occupies the land, ie, according to their uses, customs and traditions. It is argued that the constitutional right of indigenous peoples to the lands they traditionally occupy can be perceived as a fundamental right, although it has not been foreseen in the 5^o art. of the Brazilian Constitution. However, this right complies with the 5^o art. § 2 of the Brazilian Constitution, which recognizes the fundamentality of precepts found in international treaties on human rights to which Brazil is a signatory, as well as those resulting from principles and the constitutional system. From there, it is perceivable that the characteristics of fundamental rights are present in the right of indigenous peoples to their lands, creating legal consequences of great importance to the pursuit of the effectiveness of such a right. Lastly, an emblematic trial of the recent history of indigenous rights is presented, where the Brazilian Supreme Court confirms its understanding of the issue and exposes some of the theories advocated in this work.

Keywords: Indigenous possession. Civil possession. Brazilian Federal Constitution. Fundamental right. Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O ÍNDIO NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL – DEFINIÇÕES E PRINCIPAIS DIREITOS CIVIS NA LEGISLAÇÃO DE 1824 A 2010	18
1.1 Apontamentos numéricos e antropológicos sobre a questão indígena	19
1.2 Análise das definições de “índio” e “comunidade indígena” na legislação brasileira: 1824 -2010	26
1.2.1 Período Imperial	27
1.2.2 Período posterior à Proclamação da República.....	29
1.2.2.1 Decreto nº. 8.072/1910 e Decreto nº. 9.214/1911 e a criação do Serviço de Proteção aos Índios.....	30
1.2.2.2 Código Civil Brasileiro - Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916	31
1.2.2.3 Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928	31
1.2.2.4 Estatuto do Índio - Lei nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973	32
1.2.2.5 Atos internacionais: as Convenções nº. 107 /57 e 169/89 da Organização Internacional do Trabalho	37
1.2.3 Período atual e suas perspectivas nos cenários nacional e internacional	39
1.2.3.1 Constituição Federal de 1988	40
1.2.3.2 Novo Código Civil - Lei 10.402/2002	41
1.2.3.3 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas - 2007.....	45
1.2.3.4 Projetos de lei para um novo Estatuto do Índio.....	48
2 EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DOS ÍNDIOS SOBRE SUAS TERRAS	57
2.1 Constituição Imperial de 1824	58
2.2 Constituição Republicana de 1891	61

2.3	Constituição da República Federativa do Brasil de 1934	62
2.4	Constituição da República Federativa do Brasil de 1937	63
2.5	Constituição da República Federativa do Brasil de 1946	63
2.6	Constituição da República Federativa do Brasil de 1967	65
2.7	Emenda Constitucional de 1969	66
2.8	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	67
2.9	Da inexistência de direito adquirido contra a Constituição	73
2.10	Notas sobre o tratamento constitucional de outros países sobre direitos indígenas.....	75
3	POSSE INDÍGENA	77
3.1	Aspectos peculiares da posse indígena	78
3.2	O indigenato	79
3.3	Posse permanente sobre as terras tradicionalmente ocupadas	83
3.4	Distinção entre terra devoluta e terra tradicionalmente ocupada pelos índios	87
3.5	Distinção entre unidade de conservação ambiental e terra tradicionalmente ocupada pelos índios	91
3.6	Distinção entre posse civil e indígena	93
3.6.1	Delimitação conceitual de posse civil e de posse indígena no Direito brasileiro.....	95
3.6.2	Origem, identificação e motivações da posse civil e da posse indígena	96
3.6.3	Natureza da posse indígena e da posse civil	99
3.6.4	Aquisição da posse	102
3.6.5	Efeitos da posse indígena e da posse civil	103
3.6.6	Perda da posse civil e da posse indígena	105
4	O DIREITO FUNDAMENTAL DOS ÍNDIOS À POSSE DAS SUAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS	107
4.1	Da fundamentalidade do direito dos índios sobre a posse das terras tradicionalmente ocupadas.....	109
4.1.1	Tratados internacionais de direitos humanos e a posse indígena.....	110
4.1.2	Posse indígena como direito fundamental decorrente do regime e dos princípios adotados pela CF 88 – Características.....	114

4.1.2.1	Posse indígena como decorrência da dignidade da pessoa humana ...	116
4.1.2.2	Posse indígena como decorrência do regime democrático	118
4.1.2.3	Posse indígena como princípio jurídico	120
4.1.2.4	Posse indígena e a sua equivalência com os demais direitos fundamentais constitucionais	123
4.2	Efeitos dos direitos fundamentais – Aplicação ao direito dos índios sobre a posse de suas terras.....	125
4.2.1	Posse indígena como cláusula pétrea	126
4.2.2	Posse indígena e sua aplicabilidade plena e eficácia imediata.....	129
4.2.3	Posse indígena e a implantação de políticas públicas pelo Estado	133
4.2.4	Aplicação do princípio da proporcionalidade para a colisão entre os direitos fundamentais da posse indígena e da propriedade particular.....	136
4.3	Os direitos indígenas no quadro das dimensões dos direitos fundamentais	142
4.3.1	Posse indígena e a primeira dimensão dos direitos fundamentais	143
4.3.2	Posse indígena e a segunda dimensão dos direitos fundamentais.....	145
4.3.3	Posse indígena e a terceira dimensão dos direitos fundamentais.....	151
4.3.4	Posse indígena e a quarta dimensão dos direitos fundamentais.....	153
5	PERSPECTIVAS ATUAIS DO DIREITO DOS ÍNDIOS À POSSE DE SUAS TERRAS	158
5.1	Histórico do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol	158
5.2	As dezenove condicionantes aplicadas para o caso Raposa Serra do Sol e suas implicações para o trato futuro dos direitos dos índios à terra.....	162
5.3	Fundamentos da decisão do caso Raposa Serra do Sol	172
5.3.1	O significado do substantivo “índios” na Constituição Federal	172
5.3.2	A demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal	174
5.3.3	Direitos “originários”	175
5.3.4	O conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas	176
5.3.5	O falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento	180
	CONCLUSÃO.....	182

REFERÊNCIAS	188
ANEXOS.....	199

INTRODUÇÃO

A História relata o processo de acentuada diminuição do contingente populacional indígena brasileiro. De um povo que foi precedente e predominante nos primeiros anos de descobrimento do Brasil, resta hoje, uma pequena margem de sobreviventes que resistem ao processo de aculturação. Tal fato foi incitado pelo descaso, por longos anos, às necessidades mínimas para o desenvolvimento desse grupo humano.

É bem verdade que, desde a época da colonização, sempre houve um aparato legislativo dedicado aos povos indígenas, máxime à proteção da posse de suas terras. Contudo, a tão-só existência de normas não é suficiente para garantir a proteção cultural e existencial desses povos. É preciso implementá-las. Portanto, necessário se faz um estudo detalhado sobre a realidade indígena no Brasil, os seus direitos e a sua aplicação judicial.

Nesses termos, esta dissertação vem tratar do instituto da posse indígena no Direito brasileiro e sua aplicabilidade no contexto social. Objetiva-se, com isso, a análise da posse indígena sob o foco do Direito Constitucional a fim de distingui-la da posse comum tratada pelo Direito Civil. Uma vez individualizada, pretender-se-á demonstrar a natureza de direito fundamental dessa posse dos índios sobre as terras de ocupação tradicional e os efeitos dessa classificação, de maneira que o resultado final possa auxiliar no alcance da eficácia social dos direitos indígenas.

A Constituição Federal de 1988 prescreve os pressupostos da posse indígena e defere largos direitos aos índios. Contudo, mesmo após vinte anos da sua promulgação, ainda há complexa problemática em torno de sua aplicação. Observa-se uma inexata compreensão dos direitos indígenas, influenciada pelas tradições dogmáticas em que se fundamentam os juristas brasileiros. Estes sempre limitaram uma interpretação jurídica mais aberta quanto aos aspectos sociológicos e antropológicos da problemática indígena, especialmente no que se refere à apreciação do instituto da posse indígena. Parece ser um tanto difícil, para alguns dos operadores jurídicos brasileiros, a possibilidade de se aplicar aos índios um direito diferente

ou pelo menos fundado em pressupostos diversos daquele a ser aplicado ao cidadão comum, no que pertine a questões específicas. Essa dificuldade é redobrada quando se intenta sustentar uma posse distinta dos pressupostos seculares daquela delineada pelo direito romano. Entretanto, tratar os indígenas de maneira genérica, sem considerar a sua diferenciação étnica, é desconsiderar as particularidades culturais, históricas e econômicas de cada povo. Esquecer o modo de vida e os valores das comunidades indígenas no momento de aplicação dos seus direitos é de certo modo renegá-los, desconsiderá-los.

Destaca-se, ainda, o problema da forte conotação etnocêntrica que permeou por muito tempo a disciplina jurídica das questões indígenas, que visava, em última análise, cooptar os índios à comunhão nacional. Por essa via, poder-se-ia presumir que, uma vez integrados, perderiam o *status* de índio e com ele a garantia de alguns direitos especiais, dentre os quais, a posse das terras por eles habitadas. Nessa perspectiva integracionista, os direitos especiais dos índios seriam prerrogativas tão provisórias quanto o próprio *status* de índio. E o direito que tinham sobre as suas terras tenderia a desaparecer com a sua emancipação.

Nada obstante, a atual Constituição da República Brasileira rompeu com a política indigenista etnocêntrica e integracionista presente nas constituições anteriores, passando a reconhecer em seu texto a sócio-diversidade e a pluralidade étnica do povo brasileiro. Reconheceu aos índios o direito à peculiaridade étnica, garantindo-lhes o respeito ao seu modo próprio de vida. Assegurou às comunidades indígenas a sua organização social, os seus usos, as suas línguas, crenças, os seus costumes e as suas tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. E a idéia de posse indígena restou correlacionada ao trinômio - usos, costumes e tradições de cada comunidade indígena, demarcando a sua distinção em face da posse civil. Entretanto, para além da existência de uma legislação completa e avançada, importa a sua devida implementação no caso concreto.

Essas dificuldades foram percebidas por esse subscritor, principalmente a partir do exercício da advocacia pública no âmbito da Procuradoria Federal especializada na defesa dos direitos indígenas. Verificou-se que, mesmo tendo passado tantos anos da disciplina constitucional de 1988, ainda hoje há certa dificuldade para se alcançar a efetividade das normas indigenistas.

A rotina de trabalho informa que parte dos índios brasileiros continuam privados de sua terra. A carência na regularização da posse das terras indígenas deve-se, em parte, à influência

de diversos níveis dos órgãos estatais e atores sociais. Observa-se, assim, que o Estado brasileiro ainda não conseguiu demarcar todas as terras indígenas, como previa a Constituição Federal de 1988. Os particulares, a seu turno, insistem na prática de esbulhos e turbações em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. O Judiciário, por sua vez, quando provocado, nem sempre, vem garantindo a titularidade da posse dessas terras aos índios.

Ademais, verifica-se uma indevida e desproporcional invasão do mesmo Judiciário na função administrativa que, por apego aos elementos caracterizadores da propriedade privada, pela compreensão distorcida do conceito de índio e de sua posse, insiste em intervir nos processos administrativos de delimitação e demarcação da terra, atrapalhando sobremaneira a proteção dos povos e terras indígenas.

Portanto, arrisca-se, em afirmar que o desrespeito ao direito dos índios, especialmente, à proteção de suas terras, deve-se em muito à interpretação distorcida dos aplicadores do direito, seja no Judiciário, seja no Executivo. Por mais que se tenha uma legislação adequada, ainda se verifica, por parte dos juízes de primeira instância, uma confusão entre os institutos da posse indígena e da posse civil. Confusão essa, que se deve, em grande parte, à influência da ideologia liberal burguesa na leitura de dispositivos incidentes sobre os direitos reais.

Essa inconformação em face das reiteradas distorções na compreensão e no tratamento da posse indígena motivou a construção deste trabalho, haja vista que muitas são as alternativas legislativas e doutrinárias destinadas à proteção dos índios, mas que esbarram em certa inércia administrativa e resistência judicial. Assim, para a melhor proteção desse direito, necessário se faz um estudo contextualizado com a Constituição e atento aos instrumentos jurídicos pertinentes.

O desenvolvimento do tema calçou-se, eminentemente, em pesquisa bibliográfica. Foi realizada pesquisa da legislação pátria e estrangeira, das normas constitucionais e ordinárias, abrangendo os dispositivos de entendimento mais genérico e confrontando-os com as regras legais próprias da população indígena.

Dessa forma, foi explorada a perspectiva do direito comparado e da evolução histórica da lei. Ainda houve a coleta de dados em bases oficiais e, finalmente, foi apresentada a compreensão da doutrina pátria e estrangeira acerca de temas constitucionais, civis e indigenistas, bem como a posição dos Tribunais, com citações da jurisprudência dominante que demonstra como a questão está realmente sendo aplicada contemporaneamente no país.

Em consonância com os objetivos propostos, esta dissertação dividir-se-á em cinco capítulos. O primeiro capítulo abordará os contornos conceituais dos termos “indígena” e “comunidade indígena”. Essas definições são elementos necessários ao estudo da posse indígena, posto que são essenciais para se compreender a construção desse instituto. Da mesma sorte, a delimitação de quem pode ser considerado indígena, mostra-se indispensável para saber quem tem direito à posse dessas terras.

Já o segundo capítulo versará sobre a evolução das normas constitucionais sobre posse indígena. O exame cotejará a legislação da época luso-brasileira, concentrando análise das várias constituições brasileiras, no que pertine ao tema. Procurar-se-á demonstrar o viés etnocêntrico das primeiras constituições e a sua passagem para um entendimento pluriétnico na Constituição de 1988, tudo isso com o fim de se entender o conteúdo jurídico construído para a posse indígena.

O capítulo terceiro enfrentará os aspectos relacionados à teoria geral da posse civil, diferenciando-a da posse indígena. É indispensável a análise da figura do indigenato, descrito por João Mendes Jr. como fundamento da posse indígena. Serão delineados os contornos dos pressupostos constitucionais da posse indígena, tais como, ocupação tradicional e posse permanente. Por oportuno, também se apresentarão as distinções entre posse indígena, unidade de conservação ambiental e terra devoluta.

O quarto capítulo considerará a posse dos índios sobre as suas terras tradicionalmente ocupadas como um direito fundamental dos índios, embora localizado topograficamente fora do catálogo definidor dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988. Para tanto, serão também destacadas as características dos direitos fundamentais em geral e os efeitos dessa classificação. A partir daí, procurar-se-á identificar a dimensão ou as dimensões de direitos fundamentais nas quais a posse indígena possa se localizar.

No capítulo cinco, propõe-se uma análise do acórdão do Supremo Tribunal Federal, referente ao caso da terra indígena Raposa Serra do Sol, como um caso paradigmático recente relativo à questão indígena. Nesse espaço, serão abordadas as dezenove condicionantes que esse Tribunal elegeu para o trato das causas indígenas e os fundamentos da decisão para, a partir disso, verificar a coerência desses argumentos com as idéias defendidas neste trabalho. A última parte do trabalho conduzirá às conclusões.

Diante desse panorama, esse estudo visa contribuir para otimizar a aplicabilidade jurídica do instituto da posse indígena nos conflitos contemporâneos. Daí, ressalta-se a necessidade da correção dos desequilíbrios do passado, a partir de uma aplicação atualizada e constitucional dos institutos possessórios, de maneira que o resultado final possa auxiliar as ações afirmativas em prol dos direitos indígenas, efetivar os seus mandamentos e insuflar a sua pesquisa e conhecimento.

1 O ÍNDIO NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL – DEFINIÇÕES E PRINCIPAIS DIREITOS CIVIS NA LEGISLAÇÃO DE 1824 A 2010

O núcleo da presente dissertação será a discussão acerca da posse sobre as áreas tradicionalmente¹ ocupadas pelos índios², diferenciando-a da posse meramente civil e qualificando-a como um direito constitucional “fundamental”, ainda que topograficamente localizado fora do artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988³, bem como a aplicação atual dos dispositivos legais referentes à posse indígena pela Administração Pública e pelo Judiciário. Neste capítulo, entretanto, serão abordados temas introdutórios que são indispensáveis para a compreensão global e exata do objeto principal da presente pesquisa.

Inicialmente apresenta-se o quadro estatístico das comunidades indígenas, indicando a densidade populacional, sua distribuição em comunidades, as línguas faladas e as terras demarcadas no Brasil, sem deixar de cotejar alguns dados de outras partes do mundo. Os números encontrados, comparados aos que se achavam no período pré-cabraliano, por si, já ilustrarão o viés etnocentrista e assimilacionista que acompanhou a trajetória do tratamento político-jurídico dispensado aos índios.

Exatamente a análise dos eixos norteadores do arcabouço jurídico indigenista se faz neste capítulo, destacando as definições legais oferecidas pela legislação infraconstitucionais, nacionais e estrangeiras, desde a época do Brasil-colônia até a atualidade.

¹ A expressão “posse sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” é a mais adequada à compreensão do presente estudo e conforme com a previsão constitucional em seu art. 231. Contudo, será possível que se observe, no decorrer desta dissertação, a menção resumida a esse direito, a partir de expressões como “posse indígena”, “posse sobre terras indígenas” etc.

² Serão adotados, nessa dissertação, os termos índio ou indígena, por serem mais frequentes na literatura científica, embora sejam criações dos colonizadores europeus no processo de dominação e não reflitam a grande diversidade de comunidades e culturas que compõem os povos indígenas brasileiros. (DANTAS, 2008, p. 120)

³ Adiante será possível encontrar menção à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de forma resumida, através da utilização dos termos “Constituição Federal” ou “CF 88”.

1.1 Apontamentos numéricos e antropológicos sobre a questão indígena

Há, no mundo, entre 350.000.000 (trezentos e cinquenta milhões) a 400.000.000 (quatrocentos milhões) de índios⁴. Esse *quantum* margeia entre 10% (dez por cento) a 12% (doze por cento) da população mundial. Destes índios, estipula-se que entre 30.000.000 (trinta milhões) a 50.000.000 (cinquenta milhões) estão na América latina. Diante desse elevado contingente populacional indígena, justifica-se a sua grande proporção no conjunto global da população de alguns países da América Latina, v.g., no Peru 32% (trinta e dois por cento), Bolívia 62% (sessenta e dois por cento) e na Guatemala 41% (quarenta e um por cento). (URQUIDI, 2009)

Quando se analisam esses números considerando a distribuição dos índios em “comunidades indígenas”, observa-se que há um total de 671 (seiscentos e setenta e uma) comunidades indígenas no mundo, concentrando-se o *quantum* de 642 (seiscentos e quarenta e duas) na América Latina. Estima-se que essas comunidades falem cerca de 860 (oitocentos e sessenta) dialetos. (URQUIDI, 2009)

Contemporaneamente, a população indígena no Brasil tem cerca de 730 (setecentos e trinta) mil pessoas vivendo em aldeias, o que corresponde a 0,4 % (quatro décimos por cento) do povo brasileiro. Esse número pode subir para um milhão, se forem incluídos os índios que vivem nas cidades. Esse total atual, ainda que considerável, é pequeno se comparado à população indígena na época do descobrimento⁵, que margeava os cinco milhões de habitantes .⁶

Contudo, a partir do fim da década de 1950, houve uma mudança no cenário de diminuição da população indígena brasileira. Observou-se um aumento demográfico desses povos, influenciado, em parte, pela demarcação de suas terras e pela assistência da Fundação Nacional do Índio - FUNAI.

Os índios brasileiros distribuem-se em 220 (duzentas e vinte) comunidades, que falam uma média de 170 (cento e setenta) línguas distintas. Metade dessas comunidades tem menos de 50 (cinquenta) indivíduos, e apenas 3 (três) dessas comunidades têm mais de 20 mil

⁴ Optou-se, neste estudo, pela adoção dos termos indígena ou índio, para designar os habitantes pré-cabralianos do território brasileiro, haja vista a sua adoção pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 e novos diplomas legislativos, como será estudado adiante neste capítulo.

⁵ Os nossos aborígenes, encontrados pelos descobridores, foram vítimas no período colonial, de um processo quase sistemático de dizimação, expulsos da orla litorânea e pouco a pouco atingidos no interior em que residiam ou se refugiavam (PEREIRA, 2004, p.287).

⁶ Dados obtidos do último censo demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE no ano de 2000. O próximo censo está previsto para ser divulgado em 2010 (BRASIL, IBGE, 2000, p. 500).

indígenas. A maior parte da população indígena brasileira está concentrada nas regiões Norte e Centro-Oeste. (ABRAMOVAY, 2009)

Só na Amazônia, contam-se 60 % (sessenta por cento) da população indígena e 98% (noventa e oito por cento) das terras indígenas no Brasil. A razão dessa concentração é porque os procedimentos administrativos de demarcação nessas áreas podem ser feitos com menos custo político e financeiro que em outras localidades mais demograficamente ocupadas do país. Outro ponto favorável é a cooperação internacional. Desde a ECO92, foi constituído um fundo pelos sete países mais ricos, para preservação das florestas tropicais e para os procedimentos administrativos de demarcação na área amazônica. (SANTILLI, 2009)

Existem 653 (seiscentos e cinquenta e três) “áreas reconhecidas como tradicionalmente ocupadas” pelos indígenas (que se difere de reservas e parques indígenas), compreendendo 12,5% (doze e meio por cento) do território nacional, o que equivale a 106.359.281 ha (cento e seis milhões, trezentos e cinquenta e nove mil e duzentos e oitenta e um hectares) de terras indígenas no Brasil. (ABRAMOVAY, 2009)

As décadas de 80 (oitenta) e 90 (noventa) marcam o período em que mais se demarcaram terras indígenas no Brasil. Cerca de 2/3 (dois terços) das terras indígenas hoje existentes foram demarcadas naquele período. (SANTILLI, 2009). Talvez os ares da democracia que sopravam no cenário político nacional, logo após a promulgação da Constituição de 1988, haja justificado a implementação dessas demarcações.

Nesse contexto, os dados informam que mais de 95% (noventa e cinco por cento) das terras indígenas do território brasileiro já foram demarcadas ou estão sob processo de identificação e demarcação. Especificando esse total, 65% (sessenta e cinco por cento) já foram demarcadas e 30% (trinta por cento) ainda aguardam a conclusão do processo de demarcação. (BRASIL, IBGE, 2000, p. 500)

No que tange às populações indígenas da América Latina, nada obstante a relevância demográfica nesses países e a sua riqueza cultural, verifica-se forte movimento discriminatório contra os indígenas. Nesses termos, constata-se que os índios ocupam as piores posições nos índices de desenvolvimento humano. A mortalidade infantil é 60% (sessenta por cento) maior entre indígenas que nos não indígenas, quer seja por causa de doenças, quer por violência. A indigência (população que vive com menos de um dólar por dia) e a baixa escolaridade entre os indígenas também é maior. Logo, citando o exemplo da

Colômbia, os índios migram para as cidades, devido à pobreza, bem como à violência infligida pelos particulares às suas comunidades. Isso se torna um problema maior porque quando chegam às cidades, via de regra, os índios não têm sua etnicidade reconhecida e carecem de assistência especial. (URQUIDI, 2009)

Nesse contexto, citam-se atitudes institucionais discriminatórias, como, por exemplo, na Bolívia, onde se fala em “capital étnico”,⁷ para demonstrar uma superioridade de oportunidades e incentivos financeiros, que é dada à etnia branca, em detrimento dos povos indígenas.

Igualmente, verifica-se atitude estatal e particular que não compreende a nova condição dos índios urbanos, ou seja, o direito de permanecerem com sua etnicidade diferenciada mesmo estando fora de sua comunidade e em contato com a cultura não-índia. Assim, a garantia aos direitos dos povos indígenas na América Latina vem se tornando um problema político, porque, além do preconceito de parte da população civil, há uma ideologia estatal (administrativa e judicial) que dificulta a implementação dos direitos dos índios. Os Estados precisam adaptar o seu entender e agir com os novos conceitos de auto-reconhecimento da etnicidade indígena. Destaca-se, nesse ponto, a importância de os órgãos do Poder Judiciário não desconfiarem da etnicidade indígena, no momento de concessão dos seus direitos, bem como o Executivo conferir uma educação e saúde diferenciadas aos índios, ainda que não aldeados. Logo, a questão indígena que, antes se verificava apenas como um tema antropológico, hoje se observa sobre as lentes de uma verdadeira “politização das questões étnicas”.⁸

No que pertine à realidade indígena no Brasil, verifica-se que, atualmente, os índios, à semelhança do que ocorre com os menores, as mulheres e os negros, compõem grupos da população brasileira aos quais a ordem jurídica delibera um tratamento jurídico diferenciado. Em função de razões específicas, como, idade, sexo, cor ou etnia, essas minorias são qualificadas como tais pelo Ordenamento Jurídico, dele recebendo uma proteção jurídica excepcional.

Contudo, nem sempre foi essa a realidade no Brasil. Assim, por muito tempo, os índios receberam um trato excludente quanto à sua diferenciação étnica. Predominava uma forte ideologia etnocêntrica, que discriminava as demais culturas a partir dos valores da etnia predominante. O objetivo seria impor os valores da cultura majoritária às demais etnias, de

⁷ Terminologia empregue por Alvaro García Linera, vice-presidente da Bolívia (2010, p. 05).

⁸ Terminologia empregue por Rachel Sieder (2002, p. 45).

forma a incorporar os pequenos grupos e os seus costumes à sociedade brasileira derivada da civilização europeia.⁹ Importante citar o entendimento de Fernando Antônio de Carvalho Dantas (2008, p. 103):

A questão da identidade étnica na contemporaneidade tem fundamental importância dada à urgência na concretização dos direitos humanos, em razão dos processos institucionalizados de exclusão a que foram submetidos e dominados, povos e grupos populacionais majoritários ou minoritários, seja a partir de diferenças culturais que caracterizam a etnicidade diferenciada, como é o caso dos povos indígenas, seja por distintos e múltiplos aspectos relacionados à religião, gênero, cor da pele, classe social, preferência sexual, entre tantos outros.

Embora, desde a época da colonização, a legislação previsse uma disciplina jurídica diferenciada para os índios, não havia um tratamento especial enquanto etnia distinta, fato que só se reverteu com o fortalecimento dos direitos humanos, no plano internacional e a consagração dos direitos fundamentais, notadamente na Constituição de 1988.¹⁰

Portanto, no período que antecede à Constituição Federal de 1988, a excepcionalidade desse tratamento jurídico se fundava em um suposto estágio de debilidade dos indígenas em face das estruturas institucionais, culturais e econômicas da sociedade envolvente. O tratamento especial se fundava na compreensão de que os índios viviam um estágio de atraso e/ou ignorância relativamente aos padrões estruturais da sociedade ocidental, e não no reconhecimento de uma organização social específica e diferenciada por eles vivenciada. Portanto, acredita-se que tão logo ocorresse a sua integração, ou seja, a sua assimilação à comunhão nacional, a tendência seria dispensar aos índios tratamento jurídico análogo ao do cidadão comum.

O etnocentrismo visa transformar o outro no eu, ou seja, erradicar a cultura do outro, pois a tendência humana é achar que a cultura do grupo dominante seja sempre melhor. Dessa

⁹ Para abreviar o termo “sociedade brasileira derivada da civilização europeia”, como forma de distingui-la dos índios que habitavam o Brasil à época do Descobrimento, será possível que a partir de agora se use nessa dissertação o termo “civilização”, “não índios” etc., ainda que não sejam os termos mais apropriados e não definam toda a sua complexidade. (DANTAS, 2008, p. 103)

¹⁰ A diferença entre os termos direitos humanos e fundamentais será melhor explicada no capítulo 4 dessa dissertação. Inobstante, cita-se, preliminarmente, a lição de Paulo Bonavides (1996, p. 22-23): A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro podem ser designados como direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, são direitos fundamentais aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança. Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem os seus direitos fundamentais específicos.

forma, havia uma idéia de hierarquia quando se constatavam diferenças culturais. (STRAUSS, 1952, p. 87)

A teoria integracionista ou assimilacionista foi inspirada na teoria do evolucionismo social. Essa teoria da evolução, oriunda da Biologia de Darwin, foi construída a partir de dados empíricos, qual seja, a seleção de diversos organismos e sua diferenciação tipológica. Contudo, essa teoria foi refutada pelas ciências sociais, notadamente pela antropologia.(SANTILLI, 2009)

O evolucionismo vigorou até o final do século XIX e, depois dessa época, foi atacado por todos os modos. Uma das críticas foi de Franz Boas (culturalismo americano) e Emile Durkheim (funcionalismo francês), cujo ponto principal situava-se no argumento de que não se pode tomar traços isolados das culturas para daí supor estágios obrigatórios pelos quais todas as culturas humanas tivessem passado. Portanto, a sociedade deve ser vista como um todo e seus traços não podem ser destacados de dentro desse todo e comparados isoladamente. (PIMENTEL, 2009)

Anteriormente, havia, na antropologia, uma idéia de que o progresso humano seguia um caminho único que conduz do mais simples ao mais complexo. Assim, o ápice seria a civilização atual branca e o início seria representado pela cultura indígena. Assim, é como se as culturas européia e norte-americana fossem o presente da humanidade e as outras culturas seriam um testemunho do que os aqueles foram no passado. Contudo, nos dias atuais, é obsoleta a idéia de se colocar sob uma escala de evolução, a diversidade da cultura dos povos do mundo. (CASTRO, 2005, p. 10)

Ademais, as culturas humanas não passam pelas mesmas linhas de evolução. Evidência disso é que coisas que parecem semelhantes em sociedades diversas podem ter decorrido de processos históricos diferentes. Cada cultura tem uma história e vários caminhos podem levar a um mesmo resultado.

Agregue-se também que não há um critério universal que permita comparar culturas, em contraposição uma da outra. Portanto, critérios como a tecnologia não podem ser empregues para classificar uma cultura como atrasada ou avançada. (STRAUSS, 1952, p. 34)

Raça e cultura não andam atreladas. A pessoa, para ser considerada um índio, também não precisa ter o fenótipo predominante. Para saber sobre a cultura de um povo, é preciso saber se esse povo tem costumes próprios diversos do restante da sociedade.

A cultura, num primeiro momento, era entendida como um conjunto de reações dos indivíduos e das manifestações da sociedade, o que englobaria a língua, os costumes, os ritos, as idéias e os princípios. Já no século XX, a cultura passa a ser entendida como um conjunto de processos. Logo, a cultura está em constante modificação, modernização, tais como, os humanos e as sociedades. Contudo, quando essa transformação acontece com os índios, fala-se que está havendo uma aculturação. Esse argumento é falso, pois, quando eles usam bens provenientes de outras culturas, v.g., quando assistem à televisão, não estão ficando menos índios. Da mesma forma que o brasileiro usa o papel primeiramente pensado pelos egípcios, a escrita criada pelos fenícios e a imprensa inventada pelos ingleses, nem por isso está em processo de aculturação. (PERRONE, 2009)

Portanto, a própria história da humanidade é de trocas culturais. Não se pode dizer que há deturpação de uma cultura, ainda que indígena, pela incorporação de um elemento exógeno. Assim, quando uma cultura recebe um elemento de outra cultura, faz uma transformação no seu lidar, usar. Logo, uma manifestação isolada não carrega em si o todo da cultura de onde emanou. Nenhuma dessas realidades tem um sentido absoluto em si. Os índios continuam sendo diferentes do restante da sociedade civil de um modo que é deles.

A adaptação cultural é intrínseca a todos os grupos étnicos, porque todos se submetem ao processo histórico. Portanto, a cultura é formada por princípios de como receber elementos novos de culturas diversas. É um modo específico que permite a transformação. A diferença permanece, porque hoje os índios não são iguais ao que eram há cem anos, mas ainda são mais parecidos com seus antepassados do que com a civilização não-índia. (PERRONE, 2009).

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi dado aos índios um tratamento jurídico especial, que se justificava a partir do reconhecimento oficial de sua diferenciação étnica. Se anteriormente os direitos especiais dos índios eram transitórios como o próprio *status* de índio, com a Constituição atual, esses direitos especiais decorrem do reconhecimento da sua condição étnica diferenciada, sendo garantidos permanentemente.

Além de vários dispositivos esparsos, a Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo inteiro aos índios,¹¹ ratificando assim a pluriétnica do povo brasileiro. Reconheceu às comunidades indígenas os seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, a sua organização social, as suas crenças e línguas, seus costumes, usos e suas tradições, como uma forma de garantir o livre desenvolvimento étnico dos índios.

Nessa conjuntura, é fundamental analisar os conceitos de índio e de comunidade indígena porque, a partir desses elementos, determina-se a posse indígena, instituto marcado por notas antropológicas e específicas características constitucionais que a distanciam por demais da posse civil.

Embora, *a priori*, a posse indígena e a posse civil apresentem algumas semelhanças, substancialmente revelam profundas diferenciações. Enquanto a posse civil se identifica como um poder de fato que alguém tem sobre a coisa, sendo a exteriorização do domínio decorrente do exercício pleno ou não, de alguns poderes inerentes à condição de proprietário, com *animus domini* ou a pretensão de auferir benefícios de natureza econômica, a posse indígena se apresenta a partir da relação que uma determinada comunidade indígena tem com o território no qual se estabeleceu, onde a terra deixa de ser um mero bem de apropriação econômica para se configurar um habitat físico-cultural de um povo, imprescindível ao seu desenvolvimento e a sua manutenção. Em função dessa ligação que existe entre essas comunidades e os seus respectivos territórios, a Constituição Federal de 1988, no art. 231, parágrafo 1º, resolveu condicionar a conceituação de “terras

¹¹ “Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no Art. 174, §§ 3º e 4º”.

tradicionalmente ocupadas pelos índios” aos usos, costumes e às tradições de cada comunidade indígena especificamente.

E disso exsurge a inexorável necessidade de analisar os conceitos antropológico-jurídicos já mencionados antes de enveredar pela discussão em torno dos aspectos particulares da posse indígena.

1.2 Análise das definições de “índio” e “comunidade indígena” na legislação brasileira: 1824 -2010

Dentre os direitos especiais garantidos aos índios, exemplificativamente, proteção à sua cultura, língua, educação e saúde diferenciadas, defesa jurídica institucional pela Advocacia-Geral da União (AGU) e Ministério Público Federal (MPF), serão tratados neste trabalho, especificamente, acerca do direito sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Logo, cabe indagar sobre o *modus* de identificação dos titulares dessa proteção excepcional, ou seja: - “Quem são os índios no Brasil?”

Na tentativa de alcançar uma resposta satisfatória para essa indagação, serão analisados os principais dispositivos que regulamentam e/ou regulam a matéria, procurando, a um só tempo, identificar a evolução das definições de índio e de comunidade indígena na legislação brasileira e precisar os elementos que fundamentam as definições atuais. Valioso documento internacional oriundo da ONU, como a “Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas”, de 13 de setembro de 2007, também aborda a temática, sintetizando a compreensão ocidental sobre quem sejam os índios e suas comunidades.

As definições de “índio” e de “comunidade indígena” nem sempre foram empregadas de maneira adequada pela legislação brasileira. Isso porque, somente com a Constituição Federal de 1988, a diversidade étnica foi assegurada, ainda que formalmente. Da mesma sorte, a política indigenista presente nas constituições anteriores era basicamente etnocêntrica e integracionista. (MENEZES, 1995)

Portanto, o exame dos principais dispositivos de lei relativos à matéria, a partir do advento da Constituição Imperial de 1824, não permitirá encontrar definições satisfatórias, do ponto de vista antropológico, do que seja “índio” e “comunidade indígena”.

A exemplo dos dispositivos do Estatuto do Índio, Lei n.º. 6.001/73, arts. 1º e 3º, outras normas que ofereceram tais definições, prestaram-se a contribuir para os conflitos de ordem

interpretativa, pois ora desconsideram a questão da identidade étnica, ora se fundam em critérios heterôgeneos e contraditórios.

Com efeito, a análise dessas definições na legislação imperial apoiar-se-á em estudos já realizados por alguns autores¹² e, no período que se segue a Proclamação da República, a análise partirá do exame direto dos diplomas legais, dentre os quais:¹³

- Dec n.º. 9.214 de 15/12/1911, que regulamenta o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, criado pelo Decreto n.º. 8.072 de 20/06/1910;

- Código Civil (1916 e 2002);

- Dec. n.º. 5.484 de 27/06/1928, que regula a situação dos índios nascidos no território nacional;

- Lei n.º. 6.001 de 19/12/1973 (Estatuto do Índio);

- Atos Internacionais: a Convenção n.º. 107 da Organização Internacional do Trabalho, de 1957, sobre a *Proteção e integração de populações indígenas e ilibais*, ratificada através do Dec. n.º.58.824/66 e a Convenção n.º.169 da Organização Internacional do Trabalho de 1989, sobre *Povos indígenas e tribais*;

- Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007;

- Projeto de Lei acerca do Estatuto dos Povos Indígena, proposto pela Comissão Nacional de Política Indigenista de 5 de junho de 2009.

1.2.1 Período Imperial

A legislação do Brasil-Colônia não será aqui objeto de análise minuciosa, por ser anterior ao sistema constitucional brasileiro. Contudo, será citada para melhor contextualizar a legislação nacional subsequente, quais sejam, a legislação infraconstitucional citada acima e as constituições nacionais do Império à República. A primeira referência da fase colonial que se encontra a respeito é a Carta Régia de 10/09/1611, promulgada por Filipe III. Cita-se

¹² Manuel Miranda e Allpio Bandeira (1995, p. 29). Oliveira Sobrinho (1997, p. 93) e Clóvis Beviláqua (1992, p. 77).

¹³ Neste capítulo, o estudo das normas referir-se-á mais à definição e tratamento dos indígenas. Nos capítulos seguintes, algumas normas aqui tratadas serão revisitadas sob o enfoque, especificamente, do direito dos índios sobre a posse das terras por eles ocupadas tradicionalmente.

também o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, ao cuidar das Sesmarias concedidas pela Coroa, que ressalvou os direitos dos índios, a quem chamou de primários e naturais senhores. Reafirmado o estabelecimento pelo citado Alvará, a Lei Pombalina de 6 de julho de 1755 também garantiu o direito dos índios. (COUTINHO, 2010, p. 03)

Quanto ao trato dos indígenas, anota-se que, até o período colonial, a legislação norteou-se à mercê dos interesses do momento. Constituía uma série contínua de contradições e hesitações: ora os condenando ao cativeiro sem restrições, ora lhes reconhecendo o direito de liberdade absoluta. (OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p.108)

A legislação imperial, por sua vez, tentou organizar uma política indigenista oficial mais estável, estabelecendo um tratamento de cunho paternalista aos indígenas brasileiros.

Apesar da omissão da Constituição Imperial de 1824, algumas medidas favoráveis aos interesses dos índios foram adotadas. Através de lei sancionada em 27 de outubro de 1831, determinou-se a libertação daqueles indígenas que se achavam em regime de servidão e, como forma de melhor resguardar os seus interesses, os índios foram equiparados aos órfãos e entregues à proteção dos respectivos juízes de órfãos. Outras leis foram publicadas na tentativa de melhor resguardar os direitos desses povos considerados incapazes de, por si só, promover a defesa de seus interesses. Destacam-se, dentre elas, as de 3 e 18 de junho de 1833; a primeira beneficiava os índios que se estabelecessem nos aldeamentos à margem do rio Arinos, no estado do Mato Grosso, com a isenção do pagamento de qualquer tributo por um período de vinte anos, e a segunda transferia a administração dos seus bens para os juízes dos órfãos, também tutores dos interesses dos indígenas. (OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p.108)

Em 1845, com o regulamento que tratava do regime de aldeamento, foi determinada aos missionários religiosos a tarefa de catequizar e adaptar os índios ao convívio com a sociedade brasileira. Às missões cabia a tarefa de desenvolver a catequese dos índios; trabalhando diretamente nas aldeias já existentes e agrupando os índios nômades em aldeamentos, para ministrar, nestes e naquelas, o ensino das primeiras letras, as máximas da Igreja Católica, inculcando o respeito e a prática dos seus sacramentos, dentre eles o casamento. Construíam também habitações mais confortáveis, tudo com o fim de promover a adaptação dos índios às práticas correntes na sociedade brasileira. E como uma espécie de prêmio aos índios que bem

se comportavam nos aldeamentos, a eles eram concedidas terras separadas das aldeias para suas granjearias particulares, que passariam a sua propriedade definitiva, através de Carta de Sesmaria, se, durante doze anos ininterruptos, mantivessem-nas cultivadas. (OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p.110)

A proposta legislativa do Império era notadamente integracionista. O índio era visto como um indivíduo pertencente a uma sociedade primitiva que precisava, para o seu próprio bem e melhor desenvolvimento do País, sair do estado de barbárie e se adaptar à cultura nacional. A concepção oficial de “índio” não permitia sequer a garantia de suas terras, enquanto propriedade coletiva do grupo indígena. Qualquer garantia à posse de terras dada aos índios seria somente mais uma estratégia de facilitar o processo civilizatório. Sendo a qualidade de índio apenas um *status* provisório a desaparecer com a sua integração à comunhão nacional, os aldeamentos se configuravam apenas como espaços necessários à colonização e não como *habitats* dos povos indígenas. Somente com a Lei n.º. 601 de 18 de setembro de 1850 (“Lei de Terras”), as terras destinadas à colonização dos indígenas passaram ao usufruto exclusivo dos índios, tornando-se inalienáveis até que o Governo Imperial lhes concedesse o pleno gozo delas, quando assim permitisse o seu estado de civilização. Nota-se que a Lei n.º. 601/1850 foi o primeiro diploma legal a referir-se em terra indígena como “inalienável” e de “usufruto exclusivo” dos índios, estabelecendo elementos que ainda hoje compõem a definição constitucional de terra indígena.

A Lei n.º. 601/1850 era marcada por um conteúdo eminentemente integracionista. A época de sua publicação vigia, no Brasil, o regime da propriedade individual plena, mas o direito dos índios era visivelmente limitado. Possuíam apenas o direito de usufruto exclusivo, sem a possibilidade de disposição e somente alcançariam a propriedade plena mediante a sua emancipação.

1.2.2 Período posterior à Proclamação da República

A Proclamação da República (1889) e a elaboração da Constituição de 1891 nada dispuseram em relação aos direitos indígenas. Os índios só mereceram a atenção legislativa da República em 1910, quando, com o Dec. n.º. 8.072, foi criado o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais e aprovado o seu regulamento. É certo que, ainda nessa fase, os governantes, os juristas e os legisladores, a exemplo da sociedade como um todo, eram adeptos de uma forte visão integracionista que só permitia a compreensão

de bem-estar dos indígenas mediante a sua integração à comunhão nacional. O pronunciamento do jurista Clóvis Beviláqua (1921, p. 184) sobre o Dec.nº.8.072/1910 é emblemático dessa corrente de opinião:

Sou dos que, mais cordialmente, aplaudem a preocupação philanthropica do Governo actual, por iniciativa do preclaro Sr. Rodolpho Miranda, de velar pela sorte dos nossos aborígenes, encaminhando a sua efectiva incorporação na sociedade brasileira, do qual são parte integrante, mas de cujo convívio, não obstante, se acham afastados, por circunstâncias, que é ocioso agora recordar.

Juristas da lavra de Clóvis Beviláqua não eram necessariamente contrários ao direito de autodeterminação dos indígenas, enquanto povos etnicamente diferenciados; o imaginário social da época é que não permitiria compreender o bem-estar dessa gente longe da cultura ocidental dominante.

1.2.2.1 Decreto nº. 8.072/1910 e Decreto nº. 9.214/1911 e a criação do Serviço de Proteção aos Índios

Depois do Dec. nº. 8.072/10 que criou um órgão encarregado da defesa dos interesses dos índios - o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais, o Dec. nº. 9.214/1911(Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais) surgiu como uma das primeiras manifestações da República em regulamentar exaustivamente a relação do Estado com os índios.

A nova política civilizatória adotou por princípios fundamentais o direito de autoafirmação das tribos indígenas e a garantia de preservação dos seus respectivos territórios. Qualquer proposta de mudança no comportamento dos índios não poderia pretender um resultado a curto prazo, mas, lentamente e com brandura, as alterações poderiam ser alcançadas, embora ainda comprometida com as idéias integracionistas.

O decreto nº. 9.214/11 não menciona a expressão “comunidade indígena”; fala em “tribus indígenas” e em “populações indígenas”. Embora não apresente uma definição explícita de “índio”, fez uma classificação que distingue três categorias distintas - índios aldeados, índios em estado nômade e índios promiscuamente reunidos com os civilizados, garantindo a todos a mesma assistência indiscriminadamente.

Os índios aldeados eram os ocupantes de espaço territorial determinado, cuja posse territorial cabia ao Governo resguardar efetivamente (art.10), delimitando-a e demarcando-a na forma estabelecida pelo próprio decreto. Eram grupos reunidos em tribos, cada qual com

organização interna, instituições e hábitos específicos que deviam ser respeitados. Os índios em estado nômade eram aqueles que, mesmo agrupados em tribos, perambulavam por diversas regiões sem se fixarem num lugar determinado. Os índios em promiscuidade com os civilizados, por sua vez, eram os que se haviam misturado aos cidadãos comuns, compartilhando, conseqüentemente, de modo mais ou menos intenso, da cultura branca.

1.2.2.2 Código Civil Brasileiro - Lei n.º. 3.071, de 1º de janeiro de 1916

O antigo Código Civil (Lei n.º. 3.071, de 01/01/1916) somente se ocupou dos índios no art. 6º *caput* e parágrafo único, quando os equiparou aos relativamente incapazes e os submeteu ao regime de tutela. O autor intelectual do código, Clóvis Beviláqua (1921, p. 185), justificou que a utilização do termo “silvícola” tinha sido para deixar claro que ali se tratava de homens habitantes das selvas e não dos cidadãos comuns confundidos com a massa geral da população, aos quais se aplicariam os preceitos do direito comum. Os “silvícolas” eram indivíduos em situação especial que mereciam um tratamento jurídico diferenciado.

Acreditava-se que os índios, embora capazes de manifestar a sua vontade, não viviam um grau de civilização suficiente para compreender os institutos e as normas da sociedade civilizada, razão pela qual deveriam ser submetidos ao regime de tutela, ou seja, deveriam ser assistidos todos os seus atos da vida civil, por um órgão da civilização apto a defender os seus interesses. Dessa forma, o parágrafo único do art. 6º determinou o regime de tutela dos silvícolas, a ser estabelecido por lei especial, até que o seu estado de adaptação à sociedade permitisse o gozo da capacidade civil plena.

Foi deixada a regulamentação mais extensiva sobre a matéria a cargo de leis especiais, que deveriam ser editadas posteriormente. Assim, uma vez adaptados ao convívio dos civilizados e comprovado o grau de assimilação através da sua emancipação oficial, os índios deixariam de sê-los, do ponto de vista legal.

1.2.2.3 Decreto n.º 5.484, de 27 de junho de 1928

Outro documento legislativo importante do qual se pode extrair uma definição de “índio” é o Dec. n.º. 5.484 de 27 de junho de 1928, que se propôs a regular a situação dos índios nascidos no Brasil, sem revogar totalmente o Dec. n.º 9.214/11. Tratava de resguardar os interesses dos índios, dispondo sobre a sua situação jurídica a do seu patrimônio e sobre as

terras que lhes seriam destinadas. Estabelecia, também, algumas normas de direito penal referentes aos crimes praticados contra os índios e aos crimes praticados pelos índios.

Os índios foram classificados por esse decreto em quatro categorias: os nômades, os arranchados (ou aldeados), os pertencentes às povoações indígenas, os pertencentes aos centros agrícolas ou que viviam em promiscuidade com os civilizados.

Se, por um lado, o decreto protegia a pessoa e os bens de todos os índios independentemente do estado em que se encontrassem, por outro lado, somente garantia respeito aos usos, costumes e às tradições daqueles que ainda não viviam em contato com os civilizados, a saber, os pertencentes àquelas três primeiras categorias. Em muitos aspectos, os índios que viviam nos centros agrícolas ou em promiscuidade com os civilizados eram tratados de acordo com as normas de direito comum, aplicáveis aos cidadãos em geral. Mais uma vez, o índio foi classificado segundo o seu estágio de adaptação à sociedade civilizada, sendo tanto mais especiais os seus direitos quanto menor fosse o contato que mantinha com esta sociedade.

Embora emancipados da tutela orfanológica a que estavam submetidos, o patrocínio dos seus interesses ficou a cargo do Serviço de Proteção aos Índios, permanecendo restrita a sua capacidade civil. A esse respeito dizia o art. 5º. do decreto em exame que a capacidade dos índios sofreria restrições até que eles se incorporassem à sociedade civilizada. Por esse raciocínio, estando os índios totalmente incorporados aos institutos e costumes da sociedade civil, perderiam o tratamento especial.

1.2.2.4 Estatuto do Índio - Lei nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973

O Estatuto do Índio, promulgado pela lei nº. 6.001 de 1973, constituiu uma tentativa de codificação das normas de direito indígena esparsas em diversos diplomas.

Contudo, esse diploma apresenta uma série de ambiguidades e contradições. Já no art. 1º, quando define os seus objetivos, demonstra a sua natureza contraditória, pois a um só tempo estabelece o intento de preservar a cultura dos índios e o interesse em integrá-los à comunhão nacional, objetivos que se excluem mutuamente. Incongruência de igual teor está no art. 2º, *caput* e inciso IV. Num primeiro momento, estabelece a obrigação da União, dos Estados, dos Municípios e das demais autoridades brasileiras de, nos limites de sua competência, promoverem a proteção das comunidades indígenas e a defesa dos seus direitos,

revelando uma postura eminentemente preservacionista. Num segundo momento, ao definir as regras dessa proteção, determina que, “no processo de integração do índio à comunhão nacional”, deverão ser respeitados a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, usos, costumes e as suas tradições. Na realidade, o aludido Estatuto mistura disposições de caráter preservacionista com condicionamentos de origem etnocêntrica e integracionista, levando à conclusão de que se constitui em mais um instrumento de desarticulação sócio-cultural dos índios. Porquanto, a integração do índio à comunhão nacional de forma impositiva e abrupta poderia comprometer o direito de autodeterminação étnica das comunidades indígenas.

No art. 3º, o Estatuto do Índio apresenta as definições de “índio” e de “comunidade indígena” e, no art. 4º, classifica os índios em três categorias distintas - os isolados, os em via de integração e os integrados, de acordo com o grau de adaptação à comunhão nacional, formalmente identificado a partir do critério jurídico da capacidade civil. A seguir, a redação de cada artigo:

Art. 3º. - Para garantir os efeitos da lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - índio ou silvícola - é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - comunidade indígena ou grupo tribal - é um conjunto de famílias ou comunidades de índios, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer com contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem nelas integrados.

Art. 4º. - Os índios são considerados:

I - isolados - quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - em vias de integração - quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservem menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - integrados - quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições características da sua cultura.

As definições de “índio” ou “silvícola” e de “comunidade indígena”, apontadas no art. 3º do Estatuto do Índio, apresentam algumas incongruências de ordem formal e antropológica. (CUNHA, 1988, p. 56). O problema de ordem formal está na definição de comunidade indígena ou grupo tribal (art. 3º, II). Ao definir comunidade indígena ou grupo tribal, o legislador inclui as denominadas “comunidades índias” como subgrupos das comunidades

indígenas¹⁴, como se comunidade índia e comunidade indígena constituíssem objetos conceituais diferentes. Como os principais dicionários da língua portuguesa consideram os vocábulos “indígena” e “índio”¹⁵ sinônimos entre si, qualquer diferenciação conceitual que se tente produzir entre comunidades indígenas e comunidades índias carecerá de legitimidade semântica e validade lógica.

Outra impropriedade é registrada entre as definições de índio integrado (art. 4º, III) e de comunidade indígena (art. 3º, II). De acordo com o Estatuto do índio, os índios que adquirem plena capacidade civil não perdem a condição de índios passam apenas à categoria de índios integrados, prevista no art. 4º, inciso III. Entretanto, estes, classificados como índios integrados, quando reunidos em grupo, não podem formar uma comunidade indígena na acepção legal da expressão. A definição de comunidade indígena apresentada pelo Estatuto do índio (art. 3º, II) dispõe que tais comunidades não podem ser constituídas por índios integrados à comunhão nacional.

Como os índios integrados são igualmente considerados índios pelo próprio Estatuto do Índio¹⁶, como seria possível a existência de um grupo de índios legalmente considerados como tais, compondo uma comunidade que, do ponto de vista da lei, não seja considerada indígena? Assim, pelo Estatuto do Índio, como uma comunidade formada por índios integrados não gozaria de legitimidade legal, não teria, por consequência, a titularidade de uma série de direitos especiais destinados às comunidades indígenas.

Quando o legislador classifica os índios em isolados, em vias de integração e em integrados (art. 4º), faz uso de expressões formuladas por Darcy Ribeiro (1993, p. 432-434), embora com algumas alterações. O Estatuto do Índio se refere aos índios integrados (art. 4º, III) como sendo índios incorporados à comunhão nacional, ou seja, oficialmente emancipados, ainda que mantenham usos, costumes e tradições característicos de sua cultura. Para Darcy Ribeiro, integrados são os índios articulados com a esfera econômica e institucional da sociedade brasileira. Poderiam vir a ser confundidos com a população em geral, se não guardassem em si a consciência de que constituem um povo à parte, se não

¹⁴ “Art. 3º, II do Estatuto do Índio estabelece que *comunidade indígena ou grupo tribal* corresponde a um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer com contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados” (grifo proposital).

¹⁵ Celso Pedro Luft (1984, p.311), utiliza as seguintes definições: índio - “Diz-se do, ou o natural do lugar ou país em que habita; autóctone; aborígine; indígena.”

¹⁶ Art. 4º. “Os índios são considerados: I. isolados [...]; II. em vias de integração [...] e, III. integrados [...]”

cultivassem uma espécie de lealdade a essa identidade étnica e se não fossem vistos e discriminados como “índios” pelos demais. Ribeiro (1993, p. 432-434) é enfática ao afirmar que essa articulação não corresponde à fusão desses grupos indígenas na sociedade nacional como parte indistinta dela; corresponde, sim, a uma espécie de acomodação que concilia a identidade étnica a uma crescente participação na vida econômica e nas esferas de comportamento institucionalizado da sociedade nacional

Ademais, se na própria compreensão do Estatuto os índios integrados continuam sendo considerados como índios, não faz sentido negar a legitimidade jurídica das comunidades por eles constituídas. Afinal, o que faz uma comunidade indígena são fatores determinantes diversos de uma mera declaração legal.

A definição de “índio” (art. 3º, I) se estrutura a partir da aceitação de três critérios: a) origem e ascendência pré-colombiana (critério biológico); b) a autoidentificação e identificação pelos outros como pertencentes a um grupo étnico diferenciado (critério sócioantropológico) e c) a diversidade cultural (critério de ordem cultural). Entretanto, para a elaboração de uma definição de índio mais adequada do ponto de vista antropológico, algumas observações devem ser feitas, em relação aos critérios de ordem biológica e cultural.

A origem e ascendência pré-colombiana não podem ser entendidas como um critério de origem puramente biológica ou racial. Atualmente, a própria existência de raças humanas no sentido biológico é cientificamente questionada. François Jacob (apud CUNHA, 1987, p. 24) escreve que “a distância biológica entre duas pessoas de um mesmo grupo, de uma mesma aldeia é tão grande que torna insignificante a distância entre a média de dois grupos, o que retira qualquer conteúdo ao conceito de raça”. Portanto, a origem e a ascendência pré-colombiana dos índios devem ser entendidas como uma afirmação de natureza genealógica vinculada à idéia de continuidade histórica que os grupos indígenas atuais mantêm com os seus respectivos ancestrais.

O critério cultural utilizado pelo Estatuto na definição de índio também só será antropológicamente significativo se levar em conta as seguintes condições:

Os traços estruturais de um grupo étnico devem ser considerados como um produto da sua organização social. Logo, os traços culturais não devem ser considerados como suficientes em si mesmo, para determinar a identidade étnica de um grupo. Quando na classificação dos grupos étnicos se prioriza a diversidade do aparato cultural que apresentam,

sem considerar os elementos estruturais da sua organização social, as diferenciações encontradas passam a ser diferenças entre culturas, e não entre organizações étnicas. Os argumentos que fundamentam a especificidade de cada grupo étnico devem partir do exame das estruturas que constituem a sua organização social. A cultura deve ser entendida como um resultado dessa organização social. Nesse sentido, a corrente antropológica defendida por Frederick Barth e seguida pelos principais antropólogos brasileiros¹⁷ é a que melhor define grupo étnico como um tipo de organização social. De acordo com essa corrente antropológica, indivíduos conscientes de sua identidade étnica dela se valem para se autoidentificar e identificar os outros com o propósito de interação mútua, formando grupos étnicos em seu sentido de organização.

As características culturais de um povo também não devem ser entendidas como idênticas à cultura ancestral. Um grupo étnico exibirá características culturais diferentes quando diante de situações ecológicas, sociais e temporais diferenciadas. Nem nós, os ocidentais, mantivemos de meio exato os mesmos costumes, as mesmas crenças, línguas e tradições dos nossos antepassados. A cultura de um dado grupo étnico vai se adaptando às condições naturais e às oportunidades sociais decorrentes do processo de interação com outros grupos, sem que isso represente a perda de sua identidade própria (CUNHA, 1987, p.25).

Do ponto de vista antropológico, o critério da autoidentificação e da identificação pelos outros (hetero-identificação) é suficiente em si para determinar a definição de índio, porque engloba a questão cultural e a correlação histórica com os antepassados (CUNHA, 1987, p. 25). Os índios brasileiros proclamam explicitamente a sua ascendência pré-colombiana e a sua diversidade cultural como fatores característicos de sua indiandade. Contudo, esses elementos são apenas o resultado da organização social de cada grupo indígena e fluem da forma como eles interagem entre si.

Partindo da aceitação do critério antropológico da autoidentificação e de hetero-identificação como determinantes da organização de um grupo étnico, conclui-se que a definição de índio está diretamente imbricada com a definição de comunidade indígena. Se o índio se identifica como tal por integrar um determinado grupo étnico, sendo por este aceito como membro, parece inútil formular uma definição de índio sem antes estabelecer o significado de comunidade indígena. Cabe apenas à comunidade indígena a tarefa de definir quem a integra e quem não a integra como membro. Nesse sentido, a ordem das definições de

¹⁷ A exemplo de Darcy Ribeiro e Manuela Carneiro da Cunha.

índio e de comunidade indígena, tal como estabelecida no Estatuto do Índio, deveria ser invertida conforme a sugestão de Carneiro da Cunha (1987, p. 25), para quem as definições mais satisfatórias seriam:

- Comunidades indígenas são aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas.
- Índio é quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro.

O atual Estatuto de 1973 deve ser todo reinterpretado, porque está baseado na tutela dos povos indígenas e na idéia de assimilacionismo, ou seja, protegê-los, mas sabendo que aquele é um estágio inferior do desenvolvimento humano e que, em algum momento, ele deverá vir a adotar a cultura da civilização dominante.

Importante citar o Parecer nº. 04/PGF/PG/FUNAI/07 expedido pela Procuradoria-Geral Federal com atribuição sobre a FUNAI, que consolida a atuação de todos os seus órgãos acerca de algumas questões indígenas:

Nesse sentido, **deve-se esquecer a classificação ultrapassada e não recepcionada de índios integrados e em vias de integração**, pois a Constituição garante direitos a todos os índios, independentemente de fatores como ser alfabetizado em português, votar, ter relações com o resto da sociedade etc.(grifo proposital). (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, 2009)

Desta feita, anota-se que o art. 4º da Lei 6001/73, que classifica os índios em “não-integrados”, “em vias de integração” e “integrados” não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois contraria a idéia de respeito à diversidade étnica e cultural. Logo, todos os dispositivos da legislação ordinária que visem à incorporação dos índios à comunhão nacional restaram derogados, v.g., os arts. 4º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11 do Estatuto do Índio. A idéia central nos dias atuais é que os índios tenham autonomia para viver em sociedade, embora deva cuidar para a preservação da pluralidade e da sua cultura.

1.2.2.5 Atos internacionais: as Convenções nº. 107 /57 e 169/89 da Organização Internacional do Trabalho

Tanto a Convenção nº.107 da Organização Internacional do Trabalho de 1957 quanto a Convenção nº169 da Organização Internacional do Trabalho de 1989 oferecem definições de “índio” e de “comunidade indígena”. A Convenção nº.107 (Dec. nº.58.884/66) define os indígenas no art.1º, alínea “b”, quando dispõe:

Artigo 1º. A presente Convenção se aplica:

b) aos membros das populações tribais ou semitribais de países independentes que sejam consideradas como indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, ou uma região geográfica a que pertença tal país, na época da conquista ou da colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida mais conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que às instituições peculiares à nação a que pertencem.

A Convenção 169 da OIT, atualmente, é um dos principais instrumentos jurídicos sobre direitos indígenas a nível internacional. Foi ratificado por 20 (vinte) países, dentre eles o Brasil, que o fez em 25/07/2003, onde foi aprovado pelo Decreto n.º. 5.051 de 19 de abril de 2004. É obrigatório para todos os Estados que o ratificaram. No que pertine aos efeitos jurídicos, sinala-se que a Convenção 169 da OIT gera obrigações estatais em favor dos índios (proteção dos direitos em favor de um sujeito, qual seja, os índios) e se configura como um parâmetro para avaliar as normas e a atuação (definir metas para as políticas públicas, acordos entre estados e comunidades e avaliar as normas e atuação dos poderes do Estado).

Aprimorando a definição, a Convenção de n.º.169 oferece uma definição mais condizente com os propósitos da Constituição Federal de 1988, quando dispõe, no art.1º, item 2, que a consciência da identidade étnica deve ser um critério fundamental na determinação dos grupos indígenas. A seguir, o art.1º, alínea “b”, item 2 da referida Convenção:

Artigo 1º.

A presente Convenção aplica-se:

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for a sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2 A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção. (grifo proposital).

Com essa Convenção, vê-se o predomínio do critério antropológico da autoidentificação orientando a conceituação de índio e de comunidade indígena, posto que cada pessoa poderá optar por manifestar a cultura de seus ancestrais, bem como identificar-se como pertencente à dada etnia.

Não se trata de se conceder às pessoas uma liberdade desmesurada, de se considerar como pertencente a uma etnia, haja vista que o critério de autoidentificação deve vir aliado à descendência pré-colombiana e à aceitação pela respectiva comunidade indígena.

A partir desse reconhecimento intrínseco, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI - é chamada a fazer um estudo antropológico sobre o grupo. Nessa fase, é feita uma aferição de um estilo de vida próprio, tais como, a cultura peculiar que remontam aos seus descendentes, à sua língua e organização social, bem como à sua forma de cultuar os entes sagrados, somado a uma relação mais íntima com a terra em que vive e com os elementos da natureza.

De outro quadrante, entende-se que o Estado brasileiro adotou o termo “Povos Indígenas”, ou seja, toda a coletividade de origem pré-colombiana que mantém, de acordo com os seus ascendentes, uma estrutura organizacional, costumes, língua e crenças próprias.

Dentre os diplomas internacionais acerca da questão indígena, ainda ressalta-se a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 13 de setembro de 2007. Contudo, por um critério de sequência temporal, optou-se por discuti-la adiante, por se tratar de um documento que reflete as tendências mais contemporâneas do indigenismo.

1.2.3 Período atual e suas perspectivas nos cenários nacional e internacional

Com o reconhecimento dos direitos humanos, notadamente no final do século XX, houve importante e benéfica alteração no tratamento dispensado às minorias étnicas.

No que tange ao âmbito indígena, destaca-se um novo paradigma, qual seja, o multiculturalismo¹⁸, que reconhece a necessidade de proteção da cultura das diferentes etnias, em pacífica convivência. Logo, a cultura¹⁹ do grupo predominante não deve ser imposta aos demais.

¹⁸ Citando Sérgio Costa (apud VIEIRA, 2004, p. 04): O multiculturalismo é a expressão da afirmação e da luta pelo reconhecimento desta pluralidade de valores e diversidade cultural no arcabouço institucional do Estado Democrático de Direito, mediante o reconhecimento dos direitos básicos dos indivíduos enquanto seres humanos e o reconhecimento das necessidades particulares dos indivíduos enquanto membros de grupos culturais específicos.

¹⁹ Acerca do termo cultura, entende Morgan, que os humanos são iguais e possuem aptidões semelhantes, portanto não há razão para diferenciações em raças (antropologia anterior). No final da 2ª Guerra Mundial e com a expedição da Declaração dos Direitos Humanos, passa a prevalecer o entendimento de que todos constituem uma mesma espécie. Então, a forma de especificação humana não se faria por raças, mas por cultura. Entretanto, não se pode pretender hierarquizar as culturas, pois pensar as outras culturas a partir dos valores da cultura de quem está fazendo o inventário, também não seria científico. Assim, é improcedente as comparações entre as culturas, pois se estaria a trabalhar com a noção de progresso. Daí não cabe classificar as culturas, mas respeitar as diversidades. Tão importante quanto o reconhecimento da igualdade é o reconhecimento da diversidade entre os humanos, pois estes não vivem abstratamente, mas em determinado tempo e espaço com formas próprias. O progresso não é a homogeneização, mas a preservação das diversidades. Logo, cultura seria aquilo que é construído socialmente e, portanto deve ser respeitado. Em contrapartida, aculturação supõe a existência de uma única cultura válida e que estará em maior progresso quanto mais complexa for a sua estrutura. Logo, se a organização social era mais frágil ela tenderia a desaparecer por supremacia da civilização dominante. Haveria uma unidirecionalidade da sociedade

Nesse contexto, ao passo que as constituições brasileiras anteriores foram marcadas por um profundo etnocentrismo, a Constituição Federal de 1988 reconhece a existência de uma diversidade étnica. Assim, foi inaugurada uma nova política indigenista, reconhecedora da pluriétnica brasileira.

Para isso, os instrumentos legais que asseguram os direitos dos índios foram cada vez mais detalhados e fortalecidos, no afã de que seja assegurada a permanência desse grupo étnico e seus elementos culturais.

1.2.3.1 Constituição Federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil²⁰, promulgada em 1988, ainda no preâmbulo, refere-se à sociedade brasileira como uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Sobreleva o princípio da dignidade humana como fundamento do estado brasileiro, cujos objetivos se voltam para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos ou discriminação de qualquer natureza. Sob a inspiração de espírito democrático, a Constituição Federal de 1988 acaba por admitir a diversidade biológica, cultural e social existente no estado brasileiro, procurando compatibilizá-las harmonicamente.

No capítulo referente ao direito ambiental, a Constituição Federal refere-se ao direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dessa forma, propõe-se a harmonizar não apenas a biodiversidade, mas também a proteger os elementos culturais que integram o patrimônio do país. É certo que, no conceito de meio ambiente, não há referência apenas aos recursos naturais, “mas tudo que tem a ver com a vida, sua manutenção e reprodução. Nesse conceito, estão inclusos, igualmente, os elementos físicos (a terra, o ar e a água), o clima, os elementos culturais (os hábitos, o saber, a história de cada grupo, de cada comunidade) e a maneira como esses elementos são tratados pela sociedade.” (NEVES, 1992, p.14)

Além da biodiversidade, a Constituição Federal de 1988 reconhece a sócio-diversidade do povo brasileiro (SOUSA FILHO, 1994), a diversidade étnica das populações indígenas, garantindo aos índios o seu livre desenvolvimento de acordo com os signos e valores de suas

tradicional sobre a sociedade primitiva. Nega-se essa ideologia da aculturação, pois se entende que, há várias maneiras de se ver o mundo, então não há que se proteger um modelo único. (CASTRO, 2005, p. 40-70)

²⁰ Nesse momento será feita referência geral à CF 88, dando destaque à influência das novas idéias antropológicas no tratamento dos índios. O detalhamento acerca dos direitos indígenas às suas terras, previstos na CF 88, será tratado nos Capítulos 2 e 3.

respectivas comunidades. Nesse sentido, assegurou aos índios sua língua, sua cultura, seu uso, seus costumes, suas crenças e suas tradições (art. 231, *caput*). Garantiu também os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, determinando que, na identificação dos limites das terras ocupadas por cada comunidade indígena, fossem considerados os seus usos, costumes e as suas tradições (art. 231, § 1º).

Outros dispositivos constitucionais demonstram o intento da política indigenista inaugurada pela atual Constituição Federal, dentre eles: o art. 20, inciso XI, que inclui as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios entre os bens da União, enfatizando a idéia de ocupação tradicional e não a mera ocupação física da terra; o art. 22, inciso XIV, que atribui à União competência exclusiva para legislar sobre populações indígenas; o art. 129, que inclui entre a competência do Ministério Público Federal a defesa judicial dos interesses das populações indígenas; o art. 210, § 2º, que permite às comunidades indígenas o uso de sua língua materna e dos seus processos de aprendizagem no ensino fundamental regular de seus membros; o art. 215, que determina a proteção das manifestações culturais dos índios pelo Estado e, por fim, não dispõe sobre a integração dos índios à comunhão nacional.

Observa-se a preferência da Constituição Federal de 1988 pelos termos “índio” e “comunidades” indígenas, contudo não oferece sua definição. Estabelece, entretanto, algumas condições objetivas que intentam a promoção do desenvolvimento étnico dos índios e de suas comunidades de acordo com os seus valores e as suas estruturas sociais. Em vista da relevância dada à organização social, as tradições, aos costumes, à cultura, enfim, aos valores dos índios e de suas comunidades, é possível entender que o texto constitucional prefere uma definição de índio e de comunidade indígena orientada pelos critérios antropológicos que sobreleve a idéia de sua consciência étnica a definições orientadas por critérios de ordem puramente biológica ou cultural.

1.2.3.2 Novo Código Civil - Lei 10.402/2002

O Novo Código Civil (Código Civil de 2002) trata a respeito dos índios no art. 4º, parágrafo único. Inova, em relação ao Código Civil de 1916, quanto à sua capacidade civil, pois não mais incluiu os indígenas no rol dos relativamente incapazes²¹. Nesse sentido, Caio

²¹ “O Código Civil de 1916 considerava os índios relativamente incapazes, sujeitando-os, para protegê-los, ao regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessaria à medida que se fossem adaptando à civilização do país (art. 6º).” (GONÇALVES, 2003, p. 99). Ainda consoante Clóvis Beviláqua (2007, p. 28): “São nulos os atos praticados pelos índios e indivíduos civilizados, sem a intervenção do inspetor competente ou seu representante”.

Mário da Silva Pereira (2004, p. 288): “O novo Código, segundo o princípio indicado no Projeto de 1965, deixa exclusivamente à legislação especial a tutela dos índios (art. 4º, parágrafo único).”

Assim, nada obstante o parágrafo único do art. 4º determinar que a capacidade civil dos indígenas seria regulada por lei especial, ainda não foi editada uma nova lei especial que regule a matéria. Portanto, a lei que atualmente versa sobre o assunto é o Estatuto do Índio, que foi editado em 1973. Dessa feita, mesmo considerando a importância desse diploma jurídico, deve-se ficar atento que foi editado em período anterior à CF 88 e ao novo Código Civil, logo, como é de se esperar, a classificação da capacidade civil dos indígenas oferecida pelo Estatuto do Índio (como outrora analisado) não é adequada ao atual contexto jurídico-social.

Contudo, parte da doutrina, contrariamente ao que se defende neste trabalho, entende que a capacidade dos índios ainda é definida a partir da sua integração ou não à sociedade civil. É o que ensina Sílvio de Salvo Venosa (2006, p.139): “Os índios, enquanto não absorvidos pelos costumes da civilização, submetem-se ao regime tutelar da União. Desse modo, para praticar atos da vida civil necessitam da assistência do órgão tutelar.” Dessa forma, se o índio for isolado da civilização, estará cingido ao regime “tutelar” da União; por consequência, os negócios realizados entre estes e os não-índios, sem a assistência da FUNAI seriam anuláveis. Excepcionalmente, quando fosse provada a capacidade de discernimento do índio pelo juiz, o negócio jurídico poderia ser considerado.

A razão da incapacidade relativa imposta pelo Código Civil anterior e por parte da doutrina atual deve-se ao ideário de que índio era um habitante das selvas, sem a compreensão dos hábitos, costumes e da legislação da sociedade civil. Cita-se o comentário de Ricardo Fiúza (2007, p. 20): “Os índios, devido a sua educação lenta e difícil, são colocados pelo novo Código Civil sob a proteção de lei especial que regerá a questão de sua capacidade”. Assim, entendia-se que a restrição à capacidade civil dos índios visava à sua própria proteção, antes da sua plena incorporação à sociedade nacional.

Contudo, essa justificativa demonstra uma visão etnocêntrica do passado, refratária ao reconhecimento da diversidade étnica. Com efeito, a etnia majoritária, não-índia, considerava-se com superioridade cultural frente aos demais. Logo, não se poderia conviver juridicamente em pé de igualdade acaso se pertencesse a outro grupo.

Nada obstante, com o fortalecimento dos direitos humanos no plano internacional, máxime pela perspectiva pluriétnica que inspirava os pensamentos, já não se concebia a discriminação prévia de toda uma etnia à categoria secundária da não capacidade para os atos da vida civil. Esse é o norte sinalizado por Pablo Stolze Gagliano (2006, p.100):

Por isso, não é razoável firmar-se a premissa da sua absoluta incapacidade, como quer a legislação especial. Apenas em hipóteses excepcionais, devidamente comprovadas, deve ser reconhecida a sua completa falta de discernimento, para efeitos de obter a invalidade dos atos por si praticados.

Destarte, não se nega a necessidade de maior proteção aos índios que, no caso concreto, venham a não possuir o devido conhecimento para a prática dos atos jurídicos. Nesses casos excepcionais, será necessário o acompanhamento da FUNAI. Entretanto, essa não deve ser a regra geral em tema de capacidade civil indígena.

Logo, este trabalho não perfilha a linha de pensamento que entende que os índios serão relativamente ou plenamente capazes a depender de sua integração à sociedade civil. Entende-se que essa não é a interpretação devida a partir da Constituição Federal, dos atuais diplomas internacionais e projetos de lei em andamento no Brasil.

Assim, quanto à tutela da FUNAI sobre o índio, entende-se que a CF, há tempos, já regulou a matéria. Observa-se que a CF, em seu art. 232²², previu que os índios, suas comunidades e organizações tinham capacidade processual para atuar em causa própria, ou seja, a possibilidade de ser parte legítima para ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses. Por via de consequência, entende-se que a CF também conferiu capacidade civil aos índios. Nas palavras de Fernando Dantas (2008, p. 103):

[...] Como decorrência inteligente do reconhecimento dos direitos diferenciados relativos às pessoas e sociedades indígenas, a Constituição garantiu processo de efetivação ao reconhecer legitimidade e capacidade dos índios individualmente, e de suas sociedades e organizações de atuar em juízo ou em outras instâncias na defesa dos seus direitos. Esse reconhecimento representa, no panorama histórico dos direitos dos povos indígenas brasileiros – caracterizado pela negação- uma mudança radical de paradigma no que concerne à relação dos povos indígenas com o Estado e com a sociedade nacional. Em primeiro lugar porque sepulta de vez a idéia de incapacidade, fundada em critérios físicos relacionados ao desenvolvimento mental, que gerou a figura da pessoa em transição estampada na classificação estampada no antigo Código Civil de 1916.

²² “Art. 232 - 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.”

Assim, se os índios têm capacidade processual conferida pela CF e a capacidade civil é pressuposto da capacidade processual, conclui-se que a CF também quis conferir capacidade civil aos índios, de forma implícita.

Nota-se que a CF 88, em nenhum momento, fala de tutela dos índios pela União. Ao reverso, altera o enfoque do tratamento do Estado, modificando a visão da tutela de pessoas para a da proteção de direitos. Nesse sentido, cita-se Helder Girão Barreto (2006, p. 42-43):

É necessário não continuar confundindo tutela enquanto ‘incapacidade’ e tutela enquanto ‘proteção’. Pensamos que a ‘tutela-incapacidade’ não foi recepcionada, porquanto a CF/88 abandonou o ‘paradigma da integração’ (cujo pressuposto era exclusivamente a ‘incapacidade’), substituindo-o pelo ‘paradigma da interação’ (cujo fundamento é precisamente a ‘diferença’).[...] Tentaremos explicar melhor nosso ponto de vista. A CF/88 – que reconhece o índio como ‘diferente’, sem que essa ‘diferença’ possa ser confundida com ‘incapacidade’ e que reconhece a ‘capacidade’ do índio para ingressar em juízo na defesa de seus direitos, sem depender de intermediação - alterou substancialmente a natureza do regime tutelar indígena: primeiro, esse regime passou a ter natureza exclusivamente ‘protetiva’; segundo, passou a ter estatura ‘constitucional’.

Esse posicionamento, igualmente, foi adotado pela Presidência da República, no ato “Sociedades Indígenas e a Ação de Governo”, onde consta que:

Os dispositivos atuais do Estatuto permanecem vigentes naquilo que não confrontem a Constituição. Por isso, sua leitura deve ser feita com a cautela de singularizar os aspectos que requerem adaptação ao novo texto constitucional. O aspecto mais importante é que a ótica da tutela de pessoas foi substituída pela da tutela de direitos. (BRASIL, Planalto, 2009)

Portanto, a tutela sobre os índios foi extinta pela CF quando conferiu capacidade processual para os índios atuarem em causa própria. Logo, hoje, a tutela que ainda existe da FUNAI é sobre os “direitos” indígenas e não sobre o índio. Nesses termos, a FUNAI promoverá o direito de demarcação das terras indígenas, proteção dessas terras etc.

Observa-se que o novo Código Civil remeteu o tema da capacidade civil para lei especial. Nesse contexto, um novo estatuto do índio é que deveria disciplinar o tema. Contudo, como se verá detalhadamente a seguir, na ocasião da discussão sobre o Novo Substitutivo ao Estatuto do Índio (tópico 1.2.3.4), esse projeto de lei não faz referência direta quanto à regulamentação da capacidade; apenas fala que os negócios serão nulos quando estabelecidos entre índio e não-índio e prejudiciais às tradições e às terras indígenas (arts. 28 e 29).

Nesses termos, o presente trabalho segue o entendimento de que se trata de um silêncio eloquente, ou seja, significa que o Substitutivo seguiu a CF e adotou a teoria de que a regra

geral é a capacidade plena dos índios para os processos judiciais e, por via de consequência, para os negócios jurídicos. Excepcionalmente, poderá ser declarada a sua incapacidade para determinados atos, o que só poderá ser apreciado caso a caso.

Quanto à nomenclatura destinada aos indígenas, o Novo Código Civil não traz maiores especificações, contudo revela sua adesão ao termo “índio”, ao reverso do que fazia o Código Civil de 1916 que preferia tratar por silvícola. É o que preleciona Pablo Stolze Gagliano (2006, p. 99):

Registre-se, a propósito, que a codificação revogada usava o termo ‘silvícola’ (aquele que vive na selva), o que também constava no projeto do Código vigente. Entretanto, por emenda do deputado Ricardo Fiuza, o vocábulo foi substituído por ‘índio’, tornando a regra civilista harmônica com o texto constitucional de 1988.

Nesses termos, maiores detalhes acerca da nomenclatura a ser empregada aos índios e ao seu agrupamento coletivo pode ser melhor extraída tanto dos documentos internacionais, quanto da criação doutrinária especializada e das perspectivas legislativas sinalizadas pelo Novo Substitutivo ao Estatuto do Índio. No que pertine a esse último documento, é oportuno afirmar que ainda aguarda aprovação legislativa para entrar em vigor e produzir efeitos obrigatórios. Nada obstante, o Substitutivo dá um tratamento atualizado e coerente à matéria. Esse Projeto de lei será discutido adiante e trará o pensamento deste trabalho a respeito da melhor nomenclatura e definição da capacidade civil dos índios.

1.2.3.3 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas - 2007

Em 13 de setembro de 2007, foi aprovada pela Organização das Nações Unidas – ONU, importante Declaração de Direitos, que reflete o pensamento pluriétnico dos países signatários acerca dos povos indígenas. Trata-se da “Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas”, documento compatível com as demandas indígenas atuais, posto concretizar o avanço do posicionamento jurídico e da moderna doutrina a respeito do tema.

Essa Declaração contou com a adesão de muitos países que possuem população indígena, dentre eles o Brasil. Insta, entretanto, anotar a não adesão dos Estados Unidos e da Colômbia. (URQUIDI, 2009).

É importante destacar que as “declarações” de direitos internacionais não são documentos coercitivos, de atendimento obrigatório nos países signatários, ao contrário do que acontece com os tratados, as convenções e os pactos internacionais. O melhor exemplo

dessa situação é a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 que, devido a não ser obrigatória, deflagrou a necessidade de elaborar, em 1966, dois Pactos (sobre direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais).

Portanto, não há um ato normativo que a tenha incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, tal qual foi feito com a Convenção 169 da OIT, que, na atualidade, é o principal documento internacional fonte de direito no Brasil em matéria específica de direitos indígenas. Essa possibilidade não se abre às declarações, mas somente aos tratados ou pactos e convenções internacionais.

Desse modo, o entendimento predominante é o de que a Declaração dos Povos Indígenas, embora assinada pelo Brasil, não seja aqui imperativa, embora nada impeça que seja invocada. Esse é o caso da jurisprudência internacional, em que diversos dos enunciados contidos na Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas são exigíveis nacional e internacionalmente. Isso porque, além de terem caráter de direito costumeiro internacional, também constituem direitos humanos fundamentais protegidos em outros tratados de direitos humanos ratificados (como a Convenção 169 da OIT, Convenção Interamericana de Direitos Humanos, CERD, Pacto de Direitos Civis e Políticos, Pacto de Direitos Econômicos e Sociais...).

Logo, em países, como, Belize, Bolívia e Colômbia, a Declaração como um todo tem sido usada como instrumento vinculante, seja em decisões da Suprema Corte (por iniciativa dos próprios magistrados), seja por leis domésticas que incorporam a Declaração ou por políticas que se fundamentam na mesma. (INSTITUTO SÓCIO AMBIENTAL, 2010)

A própria Declaração destaca a necessidade de os países cumprirem o acertado nos acordos internacionais, alertando para a necessidade de um tratamento condizente com as diferenças regionais, históricas e culturais de cada povo indígena. O desafio mundial hoje é a efetivação dos direitos contidos nesse importante instrumento de direitos humanos para os povos indígenas.

No que pertine aos direitos insertos na Declaração, cumpre ressaltar a proclamação da diversidade de etnias, da não superioridade de uma etnia sobre outra ou admissão de qualquer ato discriminatório sobre os índios. Visa, assim, à promoção dos direitos, das liberdades, do bem-estar e do desenvolvimento integral, tudo isso com espírito de solidariedade e respeito mútuo.

Assim, tem como princípio, proteger, além dos direitos individuais, os direitos coletivos dos índios. Logo, destaca a necessidade dos índios acompanharem a defesa de suas terras, a preocupação com a educação indígena especializada e com uma saúde diferenciada à sua realidade.

Igualmente, essa Declaração parte do reconhecimento dos atentados à etnia indígena do passado para buscar proteger a cultura, as tradições, a organização social e a autodeterminação dos povos indígenas, fomentando a sua participação em políticas públicas.

A despeito da nomenclatura, verifica-se em todo o seu corpo a adoção das expressões “pessoa indígena” e “povos indígenas”, para tratar essas pessoas, respectivamente, no uso singular e plural. É o que se extrai do art. 9º da presente Declaração:

Artigo 9

Os povos e as pessoas indígenas têm direito em pertencer a uma comunidade ou nação indígenas, em conformidade com as tradições e costumes da comunidade, ou nação de que se trate. Não pode resultar nenhuma discriminação de nenhum tipo do exercício desse direito.

Em referência a um grupo com características próprias e homogêneas, adotou o termo “comunidade indígena”, deixando a locução “nação indígena” para designar um conjunto de comunidades indígenas que vivem em um só país.

Agregua-se que a matiz ideológica dessa Declaração tem influenciado o legislador brasileiro. Tal fato, como se verá adiante, poderá ser verificado da análise dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional Brasileiro sobre o tema. Especificamente, cita-se o Novo Substitutivo ao Estatuto do Índio, que utiliza nomenclaturas aproximadas e tem um sistema de proteção de direitos compatível com a Declaração.

Interessa saber, igualmente, que essa Declaração não estabelece nenhuma diferenciação entre o índio aldeado ou não, bem como discriminação quanto à sua capacidade civil, fato observável, regra geral, nos documentos internacionais ou projetos de lei da atualidade.

Efeito disso será constatado no tópico a seguir, quando se conclui que índio será todo aquele de ascendência pré-colombiana, que mantém seus costumes, autorreconhecendo e sendo aceito pela comunidade como tal. Dessa forma, não há que se falar em incapacidade civil previamente concebida para todo o grupo, senão apenas na possibilidade de aferição via perícia antropológica.

1.2.3.4 Projetos de lei para um novo Estatuto do Índio

Na tentativa de substituir o Estatuto do Índio (Lei nº.6.001/73) e atualizar a legislação básica sobre os índios aos ditames da nova Constituição Federal (promulgada em 1988), foram apresentados ao Congresso Nacional três projetos de lei. O primeiro projeto de lei, identificado pelo nº. 2057/91 foi proposto pelo Núcleo de Direitos indígenas – N.D.I., hoje Instituto Sócio-ambiental - I.S.A.²³; o segundo, de nº. 2.160/91, foi encaminhado pelo Poder Executivo e, o terceiro, de nº. 2.618/92, foi elaborado pelo Conselho Indigenista Missionário – CIMI.²⁴

O projeto de lei apresentado pelo Instituto Sócio-ambiental não oferece uma definição de índio. Utiliza a expressão “sociedades indígenas”, compreendida como “grupos socialmente organizados, compostos de uma ou mais comunidades, que se consideram distintos da sociedade envolvente e mantêm vínculos históricos com sociedades pré-colombianas” (art. 2º).

O projeto de lei do Poder Executivo (nº. 2160/91), adotando a definição e ordem de apresentação proposta por Manuela Carneiro da Cunha (1987, p. 25), define primeiro a comunidade indígena ou grupos indígenas, para em seguida oferecer uma definição de índio. De acordo com esse projeto de lei, comunidade indígena ou grupo indígena é “o grupo humano com características sociais, culturais ou econômicas distintas da sociedade envolvente e cujos membros se identificam e são identificados com as sociedades pré-colombianas.”. E índio é “o indivíduo que se considera como pertencente a uma comunidade indígena ou grupo indígena e é, por seus membros, reconhecido como tal.” (art. 4º).

O projeto de lei proposto pelo Conselho Indigenista Missionário - CIMI adota três conceitos fundamentais: a) o de povos indígenas, que são “aqueles que se organizam social, política e culturalmente de maneira própria e diferenciada no Estado brasileiro, em razão de suas especificidades étnicas que guardam vínculos históricos com sociedades pré-

²³ O Instituto Socioambiental (ISA) é uma associação sem fins lucrativos, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), desde 21 de setembro de 2001. Fundado em 22 de abril de 1994, o ISA incorporou o patrimônio material e imaterial de 15 anos de experiência do Programa Povos Indígenas no Brasil do Centro Ecumênico de Documentação e Informação (PIB/CEDI) e o Núcleo de Direitos Indígenas (NDI) de Brasília. Ambas, organização de atuação reconhecida nas questões dos direitos indígenas no Brasil. (INSTITUTO SOCIO AMBIENTAL, 2010)

²⁴ O Cimi é um organismo vinculado à CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) que, em sua atuação missionária, conferiu um novo sentido ao trabalho da igreja católica junto aos povos indígenas. Criado em 1972, quando o Estado brasileiro assumia abertamente a integração dos povos indígenas à sociedade majoritária como única perspectiva, o Cimi procurou favorecer a articulação entre aldeias e povos, promovendo as grandes assembleias indígenas, onde se desenharam os primeiros contornos da luta pela garantia do direito à diversidade cultural. (CIMI, 2010)

colombianas”; b) o de comunidades indígenas, como os “grupos locais de um mesmo povo indígena”; e c) o de índio como “indivíduo que se considera membro de uma coletividade indígena e por esta é reconhecido como tal” (art. 6º).

As definições propostas por esses projetos de Lei, para um agrupamento de índios, chamado de “comunidade indígena” (conforme os projetos de lei do Poder Executivo e do Conselho Indigenista Missionário) ou de “sociedade indígena” (conforme o projeto de lei do Instituto Sócio-ambiental), bem como as definições propostas para “índio”, mantêm um substrato comum em todos esses diplomas. Em termos gerais, consideram as comunidades indígenas ou sociedades indígenas como um agrupamento de pessoas que têm laços de continuidade histórica com antepassados pré-colombianos e consideram-se distintos dos demais membros da sociedade global ou comunhão nacional; compreendem por índios aqueles indivíduos que têm consciência de sua identidade étnica e que integram uma determinada comunidade indígena, sendo por ela aceitos como membros.

Esses projetos, quando apresentados à Câmara dos Deputados, foram remetidos a uma Comissão Especial da Câmara, que elaborou um novo projeto de lei, com a reunião de todos, chamado Substitutivo ao PL 2.057/91. Em 1994, esse Substitutivo foi votado e aprovado pela Comissão Especial. A princípio, a aprovação do Substitutivo por essa Comissão dispensaria a sua votação pelo plenário da Câmara e seguiria para votação no Senado. Contudo, um deputado enviou recurso para a Mesa Diretora da Câmara, requerendo a sua votação pelo Plenário da Câmara antes de seguir para o Senado. Até os dias atuais, esse Recurso não entrou na pauta de votação, mantendo-se, desde então, na Mesa Diretora.

Durante esse interstício, foram enviadas muitas propostas em relação ao Estatuto, mas nenhuma delas com caráter de Emenda, que seria a única forma adequada de modificação.

Contudo, no dia 5 de junho de 2009, foi apresentada uma proposta de emenda para modificar o Substitutivo ao PL 2.057/91 e, enfim, criar o Novo Estatuto dos Povos Indígenas²⁵, seguindo a forma regimentalmente adequada. A Emenda foi enviada pela Comissão Nacional de Política Indigenista - CNPI, que se constitui em uma secretaria especial do Ministério de Justiça.

²⁵ Doravante este projeto de emenda para criação do novo Estatuto do Índio, poderá ser chamado por esse trabalho de “Novo Substitutivo” ou resumidamente de “Substitutivo”, haja vista, ser este último, o seu tratamento coloquial no Ministério da Justiça, FUNAI e Congresso Nacional.

Destaca-se que essa emenda foi elaborada com a participação das comunidades indígenas, reunidas em seminários regionais realizados em várias regiões do Brasil, para colher as impressões de cada grupo indígena sobre as especificidades de sua realidade. Ao fim, foi realizado um seminário nacional em que foram compiladas as impressões de todos os seminários anteriores, com vistas a um consenso na elaboração da Emenda ao Substitutivo.²⁶

É um dos mais avançados estatutos indígenas das Américas. Aborda desde a questão cultural até à exploração econômica. Assim, regulamenta o uso econômico das terras indígenas previstos na CF, tais como, recursos hídricos e minerais, sem se descuidar do respeito à diversidade étnica e cultural dos povos indígenas, a partir do reconhecimento de seus usos, costumes e suas tradições.

Ressalta-se o direito de participação do índio em todas as políticas indigenistas, denotando o absoluto abandono ao viés etnocêntrico que classificava o índio como um alienado, partícipe de uma cultura primitiva e atrasada.

Mantém-se a responsabilidade direta da União de fazer respeitar, proteger e promover o direito dos índios, podendo contar com a colaboração dos demais entes federados. Contudo, a participação desses entes deve ser prévia e formalmente comunicada à União.

O Novo Substitutivo (substitutivo do substitutivo) traz, em capítulo próprio, as definições de povos indígenas, comunidades indígenas, indígenas e organização indígena, senão vejamos:

Art. 9º Para efeito desta lei consideram-se:

I - Povos indígenas, as coletividades de origem pré-colombiana que se distinguem no conjunto da sociedade e entre si, com identidade e organização próprias, cosmovisão específica e especial relação com a terra que habitam.

II - Comunidade, o grupo humano local, parcela de um ou mais povos indígenas com organização própria.

III - Indígena, o indivíduo que se considera como pertencente a um povo ou comunidade, e é por seus membros reconhecidos como tal.

IV - Organização indígena, pessoa jurídica de direito privado, de caráter associativo, envolvendo uma ou mais comunidades indígenas de um ou mais povos indígenas.

²⁶ Os seminários regionais contavam com a presença dos índios e com alguns agentes técnicos, tais como antropólogos, professores e servidores públicos da FUNAI, CNPI e Procuradoria Federal (Advocacia-Geral da União - AGU), que auxiliavam aos índios, quando assim requeridos por estes. Nesses termos, este subscritor, foi indicado como representante da Procuradoria Federal nos seminários regionais de Fortaleza-CE, Recife-PE, Ilhéus-BA, Campo Grande-MS e Rio Branco-AC, tendo prestado orientação jurídica a respeito dos temas legais, ora discutidos.

Os termos são utilizados a partir de uma abordagem distinta do que fizeram os projetos anteriores e do que consta na mais recente Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas - 2007.

Ao referir-se à coletividade de índios de um país, o Novo Substitutivo utiliza a expressão “povos indígenas”, enquanto a Declaração da ONU utiliza a locução nação indígena. A Declaração da ONU nomina por “povos” o coletivo de “pessoas indígenas”, já o Novo Substitutivo não utiliza o termo “pessoa” e, quando trata do indivíduo, usa o vocábulo indígena.

Esse Novo Substitutivo utiliza o termo “Povos Indígenas” para designar aqueles que são ligados com os habitantes originários do país, antes mesmo da fixação das fronteiras do Estado brasileiro e que, independentemente de sua situação jurídica e territorial, ainda conservam as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. As “Comunidades Indígenas” seriam, assim, parcela de um povo indígena, distribuída pelo território nacional, dotadas de características organizacionais próprias.

“Indígena” seria aquele que se autoidentifica como tal, ou seja, enxerga-se como pertencente a uma comunidade indígena, distinta do restante da sociedade civil, com seus próprios costumes, mantendo certas tradições e por ela sendo aceito. Anota-se que não basta o autorreconhecimento para que uma pessoa tenha a sua inclusão na etnia indígena. A lei exige a chancela da própria comunidade indígena, como requisito indispensável, sem o qual não terá as prerrogativas previstas pela lei para a etnia.

O termo “Organização Indígena” importa nas associações formadas por “comunidades indígenas”. Isso porque o Novo Substitutivo ressalta o movimento participativo dos índios, fortalecendo o associativismo. Não impede, contudo, o direito dos índios de, individualmente, unirem-se em associações, como os demais cidadãos.

O Novo Substitutivo, em seu art. 10, propõe o reconhecimento da personalidade jurídica das comunidades indígenas, dispensando a necessidade de registro em cartório. Logo, sua representação judicial ou extrajudicial será feita de acordo com seus usos costumes e suas tradições, o que já não é diferente do que se faz. Judicialmente, as comunidades indígenas podem nomear seu próprio advogado para a defesa dos seus interesses jurídicos, fazendo valer

a sua legitimidade processual derivada do art.232, da Constituição Federal.²⁷ Nesse sentido, ilustra Maria Helena Diniz (2007, p. 171): “Os índios têm direito à posse de suas terras, reconhecido pela Constituição Federal, art. 231, direito de ir para onde quiserem, direito de reunião, direito de se defenderem, constituindo advogado, pois têm responsabilidade penal.”

Inova, ainda, o referido Substitutivo, quando vem esclarecer o real significado e alcance da alcunha “indígena”, para fins de concessão de direitos. Assim, esse novo Estatuto esclarece que o termo “indígena” não faz discriminação entre os índios que vivem nas aldeias e aqueles que têm contato com a civilização civil. Nesse diapasão, o parágrafo único do seu art. 6º estende a todo e qualquer índio, independente de onde ele estabeleça o seu domicílio, o alcance das regras previstas nesse Estatuto²⁸.

Ora, anteriormente havia uma diferença no tratamento jurídico dispensado aos índios a depender que estes fossem integrados à civilização ou fossem isolados. Conforme estudamos anteriormente, o atual Estatuto do Índio, no seu art. 4º, classifica os índios em: isolados, integrados ou em fase de integração. Portanto, supunha-se que os direitos especiais destinados aos índios, só se garantiriam se os indígenas não fossem integrados à cultura da sociedade dominante.

Contudo, não há um modelo estereotipado, único do que é ser índio. Numa visão tradicional e folclórica, idealiza-se o índio como o caçador da floresta com arco e flecha retirando apenas o suficiente para sua sobrevivência. Entretanto, hoje isso é uma exceção. Logo, após 500 anos de contato dos índios brasileiros com a sociedade, eles assimilaram outras práticas, dentre elas, a necessidade de habitar as cidades, quer por uma questão de sobrevivência, quer por acesso à informação e bens da vida.

O Brasil está constituído em um Estado plural em que todos podem afirmar a que grupo pertencem, independente do meio físico que ocupem temporariamente. Assim, os índios urbanos farão jus, no que lhes couber, aos direitos diferenciados previstos pela CF e legislação ordinária específica, pois eles estão, apenas circunstancialmente, em meio urbano, mas mantêm uma relação com a comunidade. Dessa forma, há uma mera extensão da vida da aldeia em outros meios.

²⁷ Contudo, a assistência jurídica aos direitos difusos, coletivos e individuais “indisponíveis” dos índios, continuam sendo também defendidos pela Advocacia-Geral da União - AGU, através da Procuradoria Federal Especializada e pelo Ministério Público Federal – MPF, como um *plus* à defesa aos interesses indígenas.

²⁸ “Parágrafo único. A política disposta no caput deste artigo se aplica a todos os indígenas, indistintamente, independente da localidade em que se encontrem.”

É possível situar a proteção dos índios urbanos no capítulo constitucional atinente à cultura (Capítulo VI, Seção II, CF). Destarte, a CF, no (art. 215)²⁹ diz que todos têm direito a afirmar sua identidade e traçar para si um projeto para sua vida. Logo, não poderia sofrer discriminação alguém que mantivesse uma determinada cultura, mas que residisse em local onde predominam outras condutas sociais.

Diferente, entretanto, é o caso dos índios da cidade que começam a formar outros grupos de identidade, formada pelo meio urbano. Portanto, quando um índio deixa de se autoidentificar com a cultura indígena e de ser reconhecido pelos demais indígenas como um dos seus, não terá mais o mesmo tratamento jurídico.

Logo, esse dispositivo do novo Estatuto eliminará de vez as classificações anteriores que distinguiam os índios a partir do nível de intensidade de contato que mantinham com a sociedade envolvente. Na proposta em análise, não importa a intermitência ou não do contato do indígena com a sociedade civil não-índia, pois não seria esse o critério a determinar a garantia dos seus direitos e do reconhecimento de sua etnia. Antes, basta manter a cultura indígena, identificando-se como índio e sendo reconhecido pela comunidade, que receberá tratamento jurídico especial, mesmo que residindo no meio urbano.

Estando assentada essa posição dos índios, como sujeitos com direitos especiais, parte-se para um novo ponto, qual seja, a discussão sobre a capacidade dos índios para a realização de negócios jurídicos. Destarte, procurar-se-á discutir o tema da tutela sobre os indígenas.

Consoante o Novo Substitutivo, quando o negócio for realizado pelos índios entre si, (sem a presença de não-índios no polo oposto da negociação), há possibilidade de que seus usos e costumes sejam invocados, salvo se preferirem ser regidos pelo direito comum (art. 30).³⁰

Entretanto, quando o negócio for realizado entre índios de um lado e não-índios de outro, deverá ser aplicado o Direito Civil ordinário, salvo se alguma das disposições do Direito Civil comum contrariar as especificidades protetivas do Estatuto (art. 31).³¹

²⁹ “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

³⁰ “Art. 30. São respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas nos atos ou negócios realizados entre indígenas ou comunidades indígenas, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.”

³¹ “Art. 31. Aplicam-se as normas do direito comum às relações entre indígenas e terceiros, ressalvado o disposto nesta lei.”

Logo, observa-se que tanto quando o índio contrata com outro índio, quanto na situação em que contrata com não-índios, a sua capacidade negocial é plena, independente de assistência da FUNAI.

Contudo, é importante mostrar casos em que os negócios podem ofender ao Estatuto com prejuízo direto aos interesses indígenas. Trata-se dos negócios realizados entre índios e não-índios, que ofendam frontalmente as tradições indígenas (art. 28)³² ou os casos em que se disponha sobre o direito originário sobre a terra indígena (art. 29).³³ Nesses casos, prevê-se nulidade do negócio e a sua não-produção de efeitos.

Frisa-se, igualmente, os negócios entabulados entre indígenas em face de pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras (art. 32).³⁴ Nessa hipótese, o Novo Substitutivo refere-se apenas à necessidade de supervisão da União. Nota-se que as ressalvas que se fazem quanto à eficácia da contratação já não dizem mais respeito à pessoa do índio, e sim ao objeto e ao outro polo da contratação.

Contudo, haverá casos em concreto em que poderá se verificar a inafastável incapacidade de um índio para o negócio. São casos em que, mesmo sem se tratar da cultura ou da terra, há um prejuízo na negociação, por uma incapacidade pessoal e não de toda a sua etnia.

Em tais situações, além dos dispositivos civis sobre anulação do negócio jurídico, quais sejam, erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo, lesão, fraude contra credores e nulidade do negócio jurídico, (arts. 138 a 184 do Código Civil). Este trabalho perfilha a linha de que será possível invocar, excepcionalmente, a parte penal do Substitutivo e pedir perícia especializada para aferir a capacidade do índio no caso concreto. Ora, na seara penal, o Novo Substitutivo prevê, em caso de crimes perpetrados por indígenas, a necessidade de perícia antropológica para aferir o grau de consciência da ilicitude e as peculiaridades culturais do

³² “Art. 28. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos e negócios praticados entre indígenas e terceiros que desrespeitem os usos, costumes, crenças e tradições dos povos e comunidades indígenas. Parágrafo único. Podem os indígenas, suas comunidades e organizações, bem como o Ministério Público Federal, ingressar em juízo para declarar nulos os atos e negócios a que se refere o caput deste artigo e para obter a indenização devida.”

³³ “Art. 29. Não poderão ser objeto de atos ou negócios jurídicos os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, a posse permanente dessas terras e a das reservadas e o usufruto das riquezas naturais do solo, rios e lagos nelas existentes.”

³⁴ “Art. 32. Os contratos de qualquer natureza, firmados por comunidades indígenas com pessoas, entidades ou empresas estrangeiras ficarão sob a supervisão da União, que defenderá subsidiariamente os interesses e direitos daquelas nos foros nacionais e internacionais.”

réu, seus usos e costumes (art. 209, § 1º, Novo Substitutivo).³⁵ Esses elementos influenciarão diretamente na culpabilidade do agente, à medida que o indígena puder ter a consciência da ilicitude. Também refletirá na aplicação da pena, a depender da força dos seus costumes na prática do ato (art. 215, Novo Substitutivo).³⁶

Assim, o Novo Substitutivo propõe o entendimento de que o juiz deve analisar a conduta tipificada dentro da realidade indígena. A partir dessa lente cultural, concluirá a possibilidade de culpabilizar ou não o índio pela violação das regras penais. Esse procedimento já vem sendo utilizado na rotina forense, como ilustra Gustavo Tepedino (2007, p. 16):

Para uma análise das consequências cíveis e criminais dos atos praticados por indígenas, v. decisão do STF (HC 79.530/PA, 1º T., Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 16.12.1999, publ. RT 775/489), em que se afasta a dificuldade do paciente – índio – compreender o caráter ilícito de grave ato por ele praticado, uma vez que era ele funcionário da FUNAI, residia na cidade em imóvel adquirido sem necessidade de assistência, falava português, era eleitor, requereu passaporte, tinha conta bancária e habilitação para dirigir veículos automotores.

A idéia trazida pelo novo estatuto, seguindo a CF, é que o índio tem capacidade para realizar os atos da vida civil. No entanto, nos casos concretos, numa aplicação analógica do que se pratica no processo criminal, poderá ser feito um exame antropológico para aferir o grau de discernimento do indígena e, por consequência, tentar anular um negócio firmado quando não se tinha um sujeito capaz, caso a caso.

Resumindo, pode-se conjugar as disposições constitucionais e do Novo Substitutivo (penais e civis) para concluir o tema sobre capacidade do índio. Primeiramente, observa-se o mandamento constitucional que conferiu, implicitamente, a capacidade civil aos índios, quando expressamente garantiu a capacidade processual. Por outro lado, observe-se que o Novo Substitutivo não fez nenhuma alusão expressa à capacidade dos índios, sequer fez distinção entre integrados, isolados e em fase de integração. Antes, limitou-se apenas a elencar as exceções a essa capacidade, quais sejam, nos negócios com prejuízo aos costumes, à terra e entabulados com entes estrangeiros, o que leva a intuir que o Novo Substitutivo estabeleceu, como regra geral, a capacidade plena do índio. Por fim, cita-se a previsão penal que exige perícia antropológica para aferir a imputabilidade caso a caso, independente de o

³⁵ “Art. 209. Durante o procedimento criminal instaurado para apurar condutas praticadas pelo indígena, o juiz deverá considerar suas peculiaridades culturais e o respeito a seus usos e costumes. §1º. As peculiaridades culturais do réu e a observância de seus usos e costumes deverão ser aferidas mediante a realização de perícia antropológica.”

³⁶ “Art. 215. Condenado o indígena por infração penal o juiz considerará, na aplicação da pena, as peculiaridades culturais do réu e as circunstâncias do cometimento do crime.”

índio ser aldeado ou não. Tal norma pode ser analogicamente transposta para a seara civil para apoiar a interpretação de que, em casos excepcionais, será possível fazer perícia antropológica para verificar a capacidade e limitar no caso concreto a capacidade daquele índio investigado. Portanto, deduz-se que a nova ideologia legal abandonou a antiga concepção de que os índios são prévia e invariavelmente catalogados como relativamente incapazes, a partir do seu domicílio.

Em dias atuais, a legislação veio a acompanhar o desenvolvimento nacional, que traz consigo o inevitável processo de miscigenação e migração de domicílio em busca de melhores condições de vida. Por conseguinte, outorga-se, mesmo aqueles que se acham fora de sua aldeia, o direito de ser reconhecidos como indígenas, desde que se autorreconheçam como tais, possuam uma descendência pré-colombiana e tenham a ratificação pelas demais comunidades indígenas.

Assim, o estudo do o tema da capacidade, fez-se importante para daí melhor entender se os índios habitantes no seio da comunidade indígena ou no meio urbano podem ser incluídos dentro do conceito de índio ou não. Dessa forma, verifica-se uma evolução na concepção do índio na legislação nacional e estrangeira. O conceito de índio não mais se restringe aos habitantes da selva ou aqueles que não têm contato com a civilização. Então, justifica-se a impropriedade de se utilizar o termo silvícola ou tribo, para, doravante, adotar-se a nomenclatura indígena e comunidade indígena.

Portanto, ainda que o papel comum das leis não seja estabelecer definições, é importante o estabelecimento de um sentido para os termos indígena e comunidade indígena, compatíveis com a nova visão pluriétnica, tal qual foi realizado pela Constituição Federal de 1988, Convenção 169 da OIT, Declaração da ONU e Substitutivo. A partir daí, será possível diminuir as dúvidas de nomenclatura do cenário nacional e, principalmente, delimitar aquelas pessoas a quem o art. 231 da CF 88 e a legislação indigenista garantem a posse e o usufruto sobre a terra que ocupam.

2 EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DOS ÍNDIOS SOBRE SUAS TERRAS

Os índios sempre receberam um tratamento especial pela ordem jurídica nacional. Antes da Constituição Federal de 1988, esse tratamento excepcional se fundamentava em um suposto estágio de alheamento dos indígenas em relação às estruturas institucionais da sociedade envolvente. (MENEZES, 1995)

Com a promulgação da nova Constituição, essa proteção jurídica especial se fundamentou no reconhecimento da condição étnica diferenciada dos índios. A partir de então, os seus direitos passaram a ser dispostos em respeito às estruturas de sua organização social. Os direitos dos índios assentados na Constituição não se conformam como um legado paternalista, mas constituem as bases jurídicas de um projeto de emancipação social.

Atualmente, são reconhecidos aos índios os seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, a sua organização social, os seus costumes, as suas línguas, crenças e tradições.¹ No que toca aos direitos sobre as terras que ocupam, a Constituição Federal de 1988 teve o cuidado de condicionar o delineamento da posse indígena aos influxos dos usos, costumes e das tradições de cada comunidade indígena especificamente. Nessa perspectiva constitucional, a identificação das terras de ocupação indígena há que ser feita em atenção ao modo de viver dos índios ocupantes e não às estruturas institucionais comuns ao sistema de produção (socialista ou capitalista) da sociedade envolvente.

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

¹ Const. Federal/1988, art. 231 (caput) - “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 capítulo anterior, foi desenvolvida uma análise da legislação brasileira, na tentativa de determinar os critérios legais utilizados na definição de índio. Neste capítulo, será analisada a evolução do direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, no contexto das constituições brasileiras, a começar pela Constituição Imperial de 1824, antecipando a constatação de que nessa Carta nada se acrescentou sobre a temática.

2.1 Constituição Imperial de 1824

A Constituição Imperial de 1824 nada dispôs sobre a matéria, mas a essa época já havia documentos legislativos dispendo sobre as terras indígenas. A legislação herdada do período colonial reconhecia expressamente a autonomia dos indígenas e o direito dos índios aos seus territórios. De acordo com Manuela Carneiro da Cunha (1985, p. 63), destacam-se: a) as Cartas Régias, promulgadas por Filipe III em 30 de julho de 1609 e 10 de setembro de 1611, que afirmam o pleno domínio dos índios sobre seus territórios e sobre as terras alocadas nos aldeamentos; b) o Alvará de 1º de abril de 1680, que declara que as sesmarias concedidas pela Coroa Portuguesa não poderiam afetar os direitos territoriais originários dos índios sobre as suas terras; c) a Carta Régia de 9 de março de 1718 que explicitamente declara que os índios estavam isentos da jurisdição da Coroa Portuguesa, não podendo ser coagidos a saírem de suas terras; d) a lei pombalina de 6 de julho de 1755, sustentando o inteiro domínio dos índios sobre as suas terras, ratificando as disposições do Alvará de 1º de abril de 1680; e) a Carta Régia de 1819, afirmando que as terras indígenas são inalienáveis e nulas as concessões de sesmarias que pudessem ter sido feitas nessas terras, as quais não poderiam ser consideradas devolutas. É farta a legislação colonial ratificando os direitos originários dos índios sobre as suas terras. Mesmo assim, muitos outros meios foram empregados na tentativa de esbulhar o direito desses povos.

Com a instituição do Estado brasileiro, não houve o reconhecimento da autonomia que os índios exerciam sobre os seus territórios, mas foi mantido o respeito aos seus direitos territoriais, apesar da omissão constitucional. Em 1850, o governo imperial promulgou a chamada “Lei das Terras” (Lei nº. 601, de 18.09.1850) com vistas a regulamentar o regime fundiário do país. No artigo 3º, a Lei de Terras estabelece que se deve entender por terras devolutas:

- 1) as que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal;
- 2) as que não se acharem sob o domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo geral ou provincial,

não incurso em comisso⁴¹, por falta de condições de medição, confirmação e cultura;
 3) as que não se acharem dadas por sesmaria ou outras concessões do governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas;
4) as que não se acharem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas. (grifo proposital)

Segundo João Mendes Jr. (1912, p. 60), a leitura do art. 3º, item 4, leva a entender que a Lei das Terras preserva o reconhecimento dos direitos territoriais dos índios como um direito originário e anterior à própria criação do estado brasileiro. Afirma esse autor que:

quer da letra, quer do espírito da Lei de 1850, se verifica que essa Lei nem mesmo considera devolutas as terras possuídas por hordas selvagens estáveis; essas terras são tão particulares como as possuídas por ocupação legítima, isto é, são originariamente reservadas da devolução, nos expressos termos do Alvará de 1º de abril de 1680, que as reserva até na concessão de sesmarias.

É certo que os direitos territoriais dos índios não se fundamentam em um título legal, mesmo assim, de acordo com o Alvará de 1º de abril de 1680, os índios são os primários e naturais senhores de suas terras, tendo por título originário de propriedade o indigenato. Observando-se a transcrição do Alvará de 1º de abril de 1680 feita por Mendes Jr. (1912, p. 64), tem-se que:

Art. 3 – São considerados títulos originários de propriedade:
 Item 4 - O das terras possuídas por hordas selvagens collectivamente organisadas, cujas posses não estão sujeitas a legitimação, visto que o seu título não é a occupação, mas o indigenato.

Portanto, de acordo com o art. 3º, item 4 (transcrição acima), os direitos dos índios as suas terras originariamente ocupadas eram respeitados. Tratava-se de posses legitimadas, ainda que por outra via não fossem um título legal, não sendo, por isso, as terras de ocupação originária dos índios consideradas devolutas. Logo, obedecia-se ao mandamento da Lei de Terras, pois a posse dos índios era “legitimada” pelo Alvará de 1º de abril de 1680.

Como o intento civilizatório continuava orientando o Estado brasileiro, os índios eram atraídos para os chamados aldeamentos. Reconheciam-se por aldeamentos as áreas onde os religiosos estabeleciam toda a estrutura da catequese, da colonização dos índios. Normalmente tais aldeamentos coincidiam com o território originariamente ocupado pelos índios. Isso começa a gerar certa confusão, quando se observa que a Lei das Terras (Lei nº. 601, de 1850, art. 12) e o seu Regulamento (Dec. nº. 1.318, de 1854) estipularam que parte das terras devolutas seriam reservadas à colonização dos índios.

Na observação de João Mendes Jr. (1912, p. 68), em nenhuma hipótese, as terras indígenas poderiam ser consideradas como devolutas. As terras originariamente ocupadas, ainda que nelas houvessem sido instituídos aldeamentos, pertenciam aos índios como um direito originário, congênito, posto que tais terras são legitimadas pelo indigenato, assim reconhecido por legislação vigente à época. As terras devolutas nas quais haviam sido constituídos aldeamentos, na forma do Dec. n.º. 1.318, de 1854, arts. 72 e 75, eram reguladas por um regime especial; aos índios nelas aldeados cabia o usufruto de suas utilidades, porque eram terras inalienáveis e destinavam-se ao seu domínio futuro, quando o seu estado de civilização permitisse. Além de tudo, estavam sob a administração dos juizes de órfãos, a quem cabia a tutela dos interesses dos indígenas.

Assim, não se pode confundir as terras devolutas em que foram instalados aldeamentos com os aldeamentos instalados nas terras que já eram ocupadas pelos indígenas. Contudo, geralmente, o que efetivamente ocorria é que os aldeamentos eram sobrepostos em terras indígenas e não em terras devolutas. Daí, a interpretação adequada deve ser no sentido de que os aldeamentos surgidos em terras indígenas não são terras devolutas, e sim de posse dos índios, porque fundadas no indigenato.²

Outras medidas foram adotadas em relação às terras indígenas. Em outubro de 1859, em janeiro de 1851 e em 1852, foram publicados avisos no sentido de retomar as terras que estivessem abandonadas pelos índios a fim de incorporá-las aos próprios nacionais. (BANDEIRA, 1992, p. 47)

A lei orçamentária n.º. 1.114 de 27 de setembro de 1860 autorizou ao Governo a aforar ou vender as terras dos aldeamentos, constituídos na conformidade da lei n.º. 601, de 1850, que estivessem abandonados, respeitando apenas a parcela necessária ao cultivo daqueles que nelas ainda permaneciam. Em 20 de outubro de 1875, a lei n.º. 2.672 autorizou a alienação das terras de aldeamentos extintos que estivessem aforadas. A lei orçamentária n.º. 3.348, de 20 de outubro de 1887, determinou que os foros dos terrenos das extintas aldeias indígenas, que não foram remidos nos termos do art. 1.º, § 1.º da lei n.º. 2.672/1875, passassem a pertencer ao município onde estivessem localizados.

Sem dúvida, essas medidas contribuíram para o esbulho das terras dos indígenas. Embora tais medidas se dirigissem apenas aos aldeamentos constituídos na forma da Lei das

² A fim de continuar os estudos acerca da Lei das Terras, remete-se o leitor para o capítulo 3, no tópico 3.4, onde será tratada a diferenciação entre posse indígena e terra devoluta.

Terras e do seu Regulamento (Dec. n.º. 1.318, de 1854), quando extintos ou abandonados, molestaram também as terras originariamente ocupadas pelos índios. Começavam-se por aldear as hordas selvagens em seus territórios originários, como orientava o Regulamento das Missões Religiosas e, aos poucos, tentava-se confundir as *terras ocupadas originariamente pelos índios* com *as terras dos aldeamentos constituídos em terras devolutas*, como se aquelas terras ocupadas originariamente fossem apenas as terras reservadas aos índios nos termos da Lei das Terras (lei n.º. 601, de 1850, art. 12) e do Regulamento (Dec. n.º. 1. 318, de 1854, arts. 72 e 74). Sob esse pretexto, as terras originariamente ocupadas pelos índios eram vendidas, aforadas ou arrendadas, em completo prejuízo dos interesses dos indígenas. (BANDEIRA, 1992, p. 47)

2.2 Constituição Republicana de 1891

Embora existisse um razoável número de disposições legais sobre os indígenas, a Constituição Republicana de 1891 ignorou a matéria. Entretanto, da leitura do seu art. 64, que transferiu as terras devolutas para o domínio dos estados, disseminou-se grande confusão em torno das terras indígenas. Confundindo as terras indígenas com as terras devolutas, pensou-se que as terras indígenas como um todo haviam passado para o domínio dos Estados. Contudo, há que se distinguir os aldeamentos indígenas constituídos nos seus territórios originários, cuja posse é um direito originário e congênito dos indígenas, dos aldeamentos constituídos em terras devolutas por determinação da Lei das Terras. Por determinação das últimas disposições do Império, apenas os aldeamentos constituídos na forma da Lei das Terras e do seu Regulamento (Dec. n.º.1.318, de 1854), quando extintos, passariam ser contados entre as terras devolutas. Nem as terras imemorais indígenas, nem os aldeamentos não extintos podiam ser considerados terras devolutas.

Na opinião de Carneiro da Cunha, (1987, p. 75-76) com a omissão constitucional em relação aos índios, não se quebrou a tradição brasileira em reconhecer os direitos territoriais indígenas. O prejuízo sofrido pelos índios resultou da forma fraudulenta e abusiva, utilizada para extinguir os aldeamentos. Muitos destes foram extintos quando ainda estavam ocupados pelos índios. Por outro lado, ao arrepio das disposições legais, muitas terras indígenas foram tratadas, nesse período, como se fossem devolutas; prática que, em 1936, vai ser reprovada posteriormente pelo art. 3º, alíneas “a” e “c”, do Dec. n.º. 736, de 6 de abril de 1936, que

incumbe ao Serviço de Proteção dos Índios a tarefa de impedir que as terras habitadas pelos silvícolas sejam tratadas como devolutas.³

2.3 Constituição da República Federativa do Brasil de 1934

Somente a partir de 1934, a questão indígena mereceu tratamento constitucional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1934 (Constituição Federal de 1934) regulamentou o direito dos índios em dois pontos básicos: restringindo exclusivamente à União a competência para legislar sobre a incorporação dos índios à comunhão nacional (art. 5º, inciso XIX, alínea “m”) e garantir o respeito à posse da terra ocupada por indígenas (art. 129).

Reservar somente à União a competência para legislar sobre a matéria já foi vencer grande obstáculo aos interesses dos indígenas. Quando essa competência legislativa esteve a cargo das Assembléias Provinciais e do Império (Ato Adicional de 1834) ou mesmo quando passou aos Estados da Federação (Dec. nº. 7, § 12, de 1889, do Governo Provisório), os índios foram intensamente molestados e espoliados em seus direitos. (CUNHA, 1987, p. 86)

A Constituição Federal de 1934 trouxe para o âmbito da proteção federal o problema da posse de terras ocupadas pelos indígenas, neutralizando a política ocupacionista reforçada pelos Estados a partir da Constituição Republicana de 1891. Dispôs, no art. 129, que, “será respeitada a posse de terras por indígenas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. Comentando a redação desse artigo, Pontes de Miranda (1970, p.436), diz que o reconhecimento da posse indígena se determina em função de dois pressupostos básicos: a posse e a localização permanente. Provada a existência desses dois pressupostos, a terra seria da comunidade indígena ainda que terceiros exibissem títulos de domínio. Em suas palavras:

Desde que há a posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o quis a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte dos silvícolas ou em que se achem permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula. Aquelas mesmas que forem em virtude do art.129 reconhecidas como de posse de tais gentes não podem ser alienadas.

³ Dec. nº736, de 6 de abril de 1936, art.3º., “a”, *verbis* – “O Serviço de Proteção aos índios promoverá os atos mais convenientes: a) para impedir que as terras habitadas pelos **silvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem**, demarcando-as, fazendo respeitar,garantir, reconhecer e legalizar a posse dos índios, já pelos Governos Estaduais ou Municipais, já pelos particulares; [...] c) para que igualmente sejam respeitadas as posses dos índios já reconhecidas em virtude da lei de 18 de setembro de 1850 e outras posteriores, ainda mesmo nos casos de extinção de aldeamentos, provando que o fato dos Governantes terem deixado de administrar esses aldeamentos ou estabelecimentos, ou de superintendê-los, não justifica que os índios, ou os seus descendentes, sejam espoliados de suas terras; [...]” (grifo proposital) - (CUNHA, 1987, p. 81).

Nota-se que o pressuposto da localização permanente utilizado para determinar a existência da posse indígena parece referir-se a uma posse imemorial dos índios sobre as terras que se pretendam suas. Não havia uma compreensão de terra indígena como um habitat cultural de um povo. Em seus comentários à Constituição de 1967, Pontes de Miranda (1970, p. 436) apontou para a imprecisão técnica da expressão “localização permanente”. Afinal, qual seria o limite temporal para determinar essa localização permanente? Em resposta, o próprio Pontes de Miranda conclui que o pressuposto da localização permanente que condiciona a determinação da posse dos índios em suas terras quer muito mais se referir à idéia de residência, em oposição a uma mera localização transitória, do que a uma posse imemorial.

O fundamento do dispositivo constitucional foi, portanto, o reconhecimento dos direitos originais dos índios, seus primeiros e naturais donos, tal como assegurava o Alvará de 1º de abril de 1680. O gravame da inalienabilidade em relação às terras indígenas correspondeu a uma proteção adicional concedida aos interesses dos índios. Considerando as terras indígenas inalienáveis, proibindo, inclusive, os próprios índios de aliená-las ou transferi-las, a Constituição Federal de 1934 restringia o tratamento depredatório e negociado das terras, dificultando as frequentes espoliações aos direitos dos indígenas.

2.4 Constituição da República Federativa do Brasil de 1937

A Constituição Federal de 1937 recepcionou a orientação inaugurada pela Constituição Federal de 1934, realizando apenas uma breve alteração de linguagem no artigo referente à posse dos indígenas, que passou a ter a seguinte redação: art. 154 - “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizadas em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas”. Centralizando a sua preocupação em resguardar a posse dos índios nas terras por eles ocupadas em caráter permanente, a Constituição Federal de 1937 omitiu o artigo relacionado à competência legislativa para legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. Sem dúvida, essa omissão está relacionada à estrutura de poder autoritário, vigente à época, onde o governo federal tudo podia, mesmo à revelia da vontade popular.

2.5 Constituição da República Federativa do Brasil de 1946

A Constituição Federal de 1946 retomou integralmente o texto da Constituição Federal de 1934, disciplinando sobre a competência exclusiva da União para legislar sobre a

incorporação dos índios à comunhão nacional e sobre a posse das terras por eles ocupadas. Assim, dispôs no artigo 5º, inciso XV, alínea “r”, e no art. 216 o seguinte:

Art. 5º. - Compete à União:

XV - legislar sobre:

r - a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se acharem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

Enquanto a Constituição Federal de 1934 dispunha sobre a proibição de alienar as terras indígenas, a Constituição Federal de 1946 impôs aos índios a proibição de transferi-las, por qualquer título. Contudo, essa alteração de cunho meramente gramatical não produzira efeitos interpretativos diversos da orientação implementada pela Constituição Federal de 1934. Juridicamente “alienação” implica a cessão de bem que pertence àquele que aliena, enquanto o termo “transferência” implica a cessão do bem, que não precisa ser necessariamente da titularidade daquele que transfere. Dessa feita, permanece a impossibilidade jurídica dos índios cederem a posse das terras tradicionalmente ocupadas a terceiros não- índios, haja vista a titularidade da posse repousar sobre a comunidade indígena e não sobre os índios, individualmente; máxime no que tange a cessão da propriedade dessa área, que pertence à União. (BASTOS, 1985, p. 90).

Para Pontes de Miranda (1960, p. 318), a posse dos indígenas sobre as suas terras é “transmissível hereditariamente segundo a regra do direito das coisas, entre os membros da tribo, se ainda de tribo se trata”. Contudo, é importante observar que, no Direito Civil, a transferência de direitos se dá em decorrência de *causa mortis* e a aquisição da propriedade ocorre no momento da morte do indivíduo. Já na seara indígena, o direito à posse sobre as terras que ocupam se origina por ocasião do nascimento, daí dizer-se de um direito congênito - o indigenato. Ressalta-se, entretanto, que a posse da terra não é um direito individual, antes é garantida a toda a comunidade indígena, de maneira que inexistente parcela de terra de ocupação tradicional indígena cuja titularidade caiba a um só índio. Toda a extensão da terra, objeto da posse indígena, cabe à comunidade indígena coletivamente e transmite-se de geração em geração. Assim sendo, a morte de um índio ou mesmo de uma família indígena pertencente à comunidade não ensejará a transmissão de sua parte a outros índios, porque a posse sobre a terra é indivisa, cabe a toda a comunidade indígena.

2.6 Constituição da República Federativa do Brasil de 1967

A Constituição Federal de 1967 manteve a competência exclusiva da União para legislar sobre a incorporação dos indígenas à comunhão nacional⁴ e estabeleceu no art. 186 o direito dos índios às terras por eles habitadas, garantindo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes, dispondo da seguinte forma: “Art. 186 - É assegurado aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o direito de usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.”

Quando o texto constitucional assegura aos silvícolas a *posse permanente* das terras que habitam, a idéia de permanência não se refere, como nas constituições anteriores, a um pressuposto passado, como que exigindo dos índios uma posse imemorial sobre as suas terras; quer referir-se a um momento futuro, no sentido de garantir o *habitat* dos grupos indígenas para sempre.⁵

A Constituição Federal de 1967 inovou no trato da matéria quando, no artigo referente às terras indígenas, suprimiu o impedimento de aliená-las e as incluiu, no artigo 4º., entre os bens da União. Diz a redação do artigo: “Art. 4º – Incluem-se entre os bens da União: IV - as terras ocupadas pelos silvícolas.”

Apesar de o Brasil haver assinado e ratificado a Convenção n.º. 107 de 1957 da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.), cuja determinação é garantir aos índios o direito de propriedade sobre as terras que tradicionalmente ocupam,⁵⁸ a Constituição Federal de 1967 optou por incluir as terras de ocupação indígena entre os bens da União. Como patrimônio da União, as terras indígenas teriam uma proteção jurídica mais objetiva; seriam *ipso facto* inalienáveis, salvo por autorização legislativa. Mesmo assim, a exclusão do impedimento de alienabilidade dessas terras poderia abalar a segurança dos direitos indígenas, pois deixava em aberto a possibilidade da transferência desses bens pela União (ainda que fossem reconhecidos aos silvícolas a posse permanente das terras por eles habitadas e o usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes).

⁴ “Art. 8º - Compete à União: inciso XVII - legislar sobre: o) - nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.”

⁵ “Art. 11 da Convenção n.º.107 da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.) - O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente.”

Incluindo-se as terras indígenas no rol das terras públicas, dirime-se quaisquer dúvidas acerca do regime jurídico que as regula, afastando qualquer similitude que possa existir entre o direito dos índios sobre as suas terras e a posse ou a propriedade privada, reguladas pelo Código Civil Brasileiro.

2.7 Emenda Constitucional de 1969

A Emenda Constitucional de 1969 manteve a propriedade da União sobre as terras indígenas⁶, bem como a sua competência exclusiva para legislar sobre a incorporação dos indígenas à comunhão nacional.⁷

O acréscimo da Emenda Constitucional de 1969 esteve em re-estabelecer expressamente o impedimento de alienabilidade das terras indígenas e em disciplinar sobre a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos de atos que se opusessem aos direitos territoriais dos índios. Dispôs o art. 198 da referida emenda constitucional que:

Art. 198 - As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º - Ficam declaradas a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objetivo o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos silvícolas.

§2º- A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Declaradas patrimônio da União e também inalienáveis, as terras habitadas pelos índios estavam por duas vias asseguradas; enquanto bens da União só seriam alienados mediante autorização legislativa, por outro lado, sendo essas terras por natureza inalienáveis, nem a própria União, legítima proprietária, poderia transferi-las, mesmo com autorização legislativa.

As terras habitadas pelos indígenas seriam, portanto, bens dominiais da União, de natureza *sui generis*. O domínio da União sobre essas terras tem o único fim de melhor assegurar aos índios o direito de se manterem nas terras que tradicionalmente ocupam.

Quando o artigo 198 refere-se à posse permanente, mais uma vez, percebe-se que a idéia de permanência não se reporta a um momento passado, mas ao intento de se garantir

⁶ “Art. 4º. CF - Incluem-se entre os bens da União: IV - as terras ocupadas pelos silvícolas.”

⁷ “Art. 8º.CF - Compete á União: inciso XVII - legislar sobre: o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.”

estabilidade ao direito dos índios sobre o seu *habitat*, dando-lhes a certeza de que não terão a sua posse territorial molestada.

Ao texto desse artigo, foram opostas muitas críticas. Algumas pretenderam, inclusive, limitar o conceito de terras habitadas pelos índios aos termos da posse privada, tal como estabelecida no Código Civil Brasileiro. É importante esclarecer, de acordo com o Ministro Victor Nunes Leal (1969, p. 292-296), que:

Não está, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o habitat dos remanescentes das populações indígenas do país. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono em que ficaram.

A doutrina passa, assim, a chamar atenção para a importância de uma disciplina jurídica efetiva sobre a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Era premente a necessidade que a Constituição assentasse as novas concepções antropológicas pluriétnicas nas relações entre a diversidade do povo brasileiro.

2.8 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição Federal de 1988 tratou de forma muito clara e detalhada a questão indígena. Estabeleceu uma égide de direitos que, se bem interpretados e aplicados, serão capazes de garantir proteção aos povos indígenas.

Para a plena efetivação dos direitos indígenas, a CF 88 trouxe uma série de prerrogativas fundiárias, além da posse sobre as áreas ocupadas permanentemente pelos índios. O exame acurado desses outros direitos fundiários foge ao foco eleito por esta dissertação. Nada obstante, adiante apenas os elencaremos, para fins de sistematização da matéria. Assim, a finalidade de se abordar esses direitos ao longo da dissertação será contextualizar e melhor entender o instituto da posse na ordem constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é enfática em garantir aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Reconhece que tais terras correspondem ao *habitat* físico, social e cultural das comunidades indígenas, indispensável à sua sobrevivência. Daí dizer-se que a garantia dessas terras constitui o núcleo da questão indígena, pois, via de regra, não se ampararão os demais direitos dos índios se não lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras que ocupam. Ciente da relevância

desse direito fundamental dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, a Constituição Federal procurou cercá-lo de garantias.

Em um primeiro momento, reconhece expressamente o direito originário dos índios sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas (art. 231, *caput*)⁸, revigorando o disposto no antigo Alvará de 1º de abril de 1680 que, como visto, reconhecia os indígenas como primários e naturais senhores de suas terras. Em seguida, diz o que são *terras tradicionalmente ocupadas por índios* (art. 231, §1º), definindo-as da seguinte forma:

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 à sua reprodução física e cultural, **segundo os seus usos, costumes e tradições** (grifo proposital).

Na identificação dessas terras, não se pode tentar definir o que seja habitação em caráter permanente, modo de utilização, atividades produtivas ou qualquer dos outros elementos que compõem esse conceito, sob a perspectiva de uma “sociedade civilizada”, a perspectiva do modo de produção capitalista ou socialista, mas de acordo com os valores, os usos, costumes e as tradições de cada comunidade indígena interessada. (SILVA, 2004, p. 727)

As expressões *tradicionalmente ocupadas ou posse permanente* utilizadas no texto constitucional não se referem a uma posse imemorial, ou seja, ao fato de os índios ocuparem tais espaços territoriais desde épocas remotas. O direito dos índios sobre as suas terras não deitam fundamento no espaço de tempo que remonta à sua ocupação, mas no título legítimo do indigenato, assim considerado desde o Alvará de 1º de abril de 1680. Se, do contrário, a idéia de terra tradicionalmente ocupada revelasse um relação temporal, significaria apenas uma espécie de ocupação imemorial, a ser legitimada através de usucapião, o que não é o caso. Para José Afonso da Silva (2004, p. 728):

O *tradicionalmente* refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao *modo tradicional* de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições. (grifos do original)

⁸ “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.”

A Constituição Federal de 1988 se refere à posse permanente das terras habitadas pelos índios em dois momentos: primeiro, no art. 231, § 1º, quando diz que tais terras são aquelas por eles *habitadas em caráter permanente*; depois no art. 231, § 2º, quando diz que essas terras destinam-se a sua *posse permanente*. Disso se depreende que a posse das terras ocupadas pelos índios não é a simples posse privada regulada pelo direito civil; não se trata do simples poder de fato que se tem sobre a coisa com a pretensão de utilizá-la economicamente. A posse das terras indígenas se presta, pois, a assegurar o *habitat* das populações indígenas, onde a própria concepção de *habitat* se determina de acordo com os usos, costumes e as tradições de cada comunidade indígena especificamente. Quando a Constituição Federal de 1988 declara que essas terras se destinam à posse permanente dos índios, propõe-se garanti-la para o futuro, no sentido de que delas não serão esbulhados; tanto que as terras indígenas são inalienáveis e os direitos sobre elas indisponíveis.⁹

Embora a Convenção n.º. 107, de 5 de junho de 1957, da Organização Internacional para o Trabalho, assinada e ratificada pelo Brasil, tenha assegurado o direito de propriedade do grupo indígena sobre as terras que tradicionalmente ocupam, as constituições brasileiras, desde de 1967, tem atribuído à União o domínio dessas terras, regra constitucional, que deve prevalecer para fins de interpretação legislativa.

Assim, é válido dizer que, sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, incidem o direito de propriedade e o direito de posse, ambos com titularidades distintas. Cabe à União a propriedade das terras indígenas (art. 20, inciso XI), enquanto às comunidades indígenas cabe o usufruto exclusivo de todas as riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. O domínio dessas terras somente foi atribuído à União com o intuito de melhor proteger os direitos dos índios. Criou-se, então, uma espécie diferente de propriedade, a que José Afonso da Silva (2004, p. 726) denominou de propriedade vinculada ou propriedade reservada, que somente se justifica para garantir a posse permanente dos indígenas sobre elas. Nas palavras deste autor:

A outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma, quando fala que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma propriedade vinculada ou propriedade reservada com o fim de garantir os índios os direitos sobre elas.

⁹ No capítulo 3 desta Dissertação, que trata sobre a “posse indígena”, será melhor detalhada a questão da “terra tradicionalmente ocupada pelos índios”, “posse permanente” e sua distinção da “posse civil”.

Não se tratam de bens de uso comum do povo, pois o seu usufruto é exclusivo das comunidades indígenas; também não configuram um bem público de uso especial, porque não se destinam a um serviço público ou repartição pública. São bens dominiais da União cujo regime jurídico é diferenciado, destinam-se tão somente a preservar o direito legítimo e originário que os índios têm sobre elas, pois são *habitat* de um povo.

Na realidade, essas terras estão afetadas constitucionalmente a uma função específica, destinam-se ao *habitat* das comunidades indígenas. Assim, alguns autores levantam a possibilidade de que qualquer tentativa de desafetação, se possível fosse, só poderia ser realizada através de emenda constitucional.¹⁰ Ratifica Marés Souza Filho (1982, p. 64):

a posse indígena por si só gera a característica de bem público ao imóvel e, mais, de bem público federal, com destinação expressa na Constituição. Quer dizer, a posse indígena tem o condão de transformar a terra, seu objeto, em bem público cuja destinação é fixada por norma constitucional. Para ser alterada essa destinação, portanto, não depende da vontade do Chefe do Poder Executivo Federal, mas de uma manifestação de vontade qualificada do Poder Legislativo, através do rígido processo estabelecido para a elaboração de emendas constitucionais.

Mesmo na qualidade de proprietária, a União não pode usar ou dispor das terras indígenas, porque cabe exclusivamente aos índios o usufruto das riquezas dessas terras e porque elas são constitucionalmente gravadas da inalienabilidade (art. 231, § 4º, CF)¹¹. Da mesma forma, a CF também não reconhece efeitos aos atos de disposição de terra indígena, através de negócios jurídicos entre os indígenas e os particulares, considerando-os sem nenhuma eficácia jurídica.

Assim, tanto quis o legislador constituinte gravar as terras indígenas da inalienabilidade que, no parágrafo sexto do artigo 231, declarou a extinção dos efeitos jurídicos de quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, a posse ou o domínio das terras indígenas. E, para não deixar dúvidas quanto ao direito dos índios sobre as suas terras, acrescenta que a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos desses atos não ensejarão direito à indenização contra a União, “salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.”¹² Assim, para Marés Souza Filho (1982, p. 67):

¹⁰ Não se concorda, neste trabalho, com a possibilidade de emenda constitucional que extinga ou restrinja direitos fundamentais do índio sobre suas terras, conforme será discutida no tópico 4.2.1.

¹¹ “Art. 231, § 4º: As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.”

¹² “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

[...] qualquer título de propriedade que alguém possa exhibir em relação às terras ocupadas pelos silvícolas ficou declarado nulo, não porque a Constituição o tenha desconstituído, por si, mas porque já eram nulos antes mesmos da promulgação do texto constitucional, visto como, desde 1680, tais terras eram reservadas aos direitos dos índios, seus naturais e primeiros possuidores. Por conseguinte, a Constituição não os anulará. Nulos já eram, porque obtidos contra o indigenato. [...] Nestes termos, a norma constitucional apenas procurou dar efetividade superlegal à nulidade reconhecida, extinguindo qualquer efeito jurídico de atos correlatos e firmando o princípio da não indenizabilidade de eventuais prejuízos daí decorrentes.

A regra é a não indenizabilidade dos prejuízos decorrentes dessa nulidade e, nesse aspecto, a determinação constitucional é suficiente em si. Contudo, deixa-se ao legislador infraconstitucional a tarefa de regulamentar os casos excepcionais de indenização, quanto às benfeitorias decorrentes da ocupação de boa-fé em terras indígenas.

Lembre-se que, embora o particular adquirente pague aos índios pelas terras destes, não se pode alegar que aquele venha a ter direito à terra que os índios ocupavam, pois os índios não poderiam vender terra que não lhes pertencessem, porquanto a propriedade das aludidas glebas é da União (art. 20, XI, CF). No entanto, a responsabilidade pelo pagamento recebido por alguns indígenas deve ser cobrada destes individualmente, sem comprometer a propriedade da União e a posse de toda a comunidade indígena.

A Constituição Federal ainda consagrou a idéia de não remoção dos índios do seu quinhão quando prescreveu:

Art. 231 - § 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.

Importante comentar que a proteção constitucional da posse das terras habitadas pelos índios independe de que já tenha sido concluído o processo administrativo de delimitação e demarcação. Tal entendimento é extraído diretamente da Lei nº. 6.001, de 19.12.1973 – Estatuto do Índio:

Art. 25 - O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independerá de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenizações ou a ações contra a União, salvo, na forma da Lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.”

A jurisprudência pátria segue o mesmo posicionamento:

ADMINISTRATIVO. **TERRAS INDÍGENAS**. IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO PELA FUNAI. PRETENSÃO DE EXPLORAÇÃO DE MADEIRA E FORMAÇÃO DE PASTAGENS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Delimitada a área de propriedade do impetrante como integrante da Terra Indígena Kayabi, compete à FUNAI zelar pela sua integridade, apesar de **não** ter sido ainda **demarcada**, eis que ‘a **demarcação não é constitutiva**. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas **terra** é a própria presença indígena e a **vinculação dos índios à terra**, cujo **reconhecimento** foi efetuado pela **Constituição Brasileira**.’ [...] (grifo proposita) - (BRASIL, TRF-1 Região, 2004, p. 12)

Portanto, deve-se entender que a natureza do direito de demarcação sobre as terras indígenas não é constitutiva de uma situação nova, antes é declaratória de um direito pré-existente. Dessa feita, é possível, desde já e independente de início ou conclusão do processo demarcatório, exigir administrativa e judicialmente o implemento de sua proteção e resguardo jurídico.

Outros dispositivos constitucionais demonstram o intento da política indigenista inaugurada pela atual Constituição Federal, dentre eles o art. 22, inciso XIV, que atribui à União competência exclusiva para legislar sobre *populações indígenas*, e não sobre a integração dos índios à comunhão nacional; o art. 129, que inclui entre a competência do Ministério Público Federal, a defesa judicial dos interesses das populações indígenas; o art. 232, que atribui capacidade processual aos índios; o art. 210, § 2º, que permite às comunidades indígenas o uso de sua língua materna e dos seus processos de aprendizagem no ensino fundamental regular de seus membros e, por fim, o art. 215, que determina que o Estado proteja às manifestações culturais dos índios.

Do exame do art. 231 da CF, verifica-se que se trata de uma norma de relativização de outras normas jurídicas e de outras realidades fático-sociais. Refere-se, assim, a um dispositivo jurídico que busca uma melhor maneira de aplicar as legislações civilísticas, para transpô-la para a realidade indígena.

Dessa forma, quando o direito comum tiver de ser aplicado aos índios, deverá ser sempre feito com a lente do art. 231, CF – reconhecendo os usos, costumes, as tradições e a organização social das comunidades indígenas.

2.9 Da inexistência de direito adquirido contra a Constituição

É sabido que, em sede constitucional, somente a partir da Constituição Federal de 1934, o Brasil veio a positivizar expressamente o direito do índio à posse de suas terras.

Esse fato tem levantado a idéia de que as pessoas que possuem título dominiais anterior à Constituição de 1934, ainda que incidam sobre terras habitadas tradicionalmente por indígenas, teriam o direito à propriedade e à posse dessas terras.

Nesse contexto, exsurge questionamento sobre se a CF 88 elegeu um marco inaugural para a preservação da posse indígena, qual seja a CF de 34, com a conseqüente supremacia da validade dos títulos de propriedade anteriores à CF de 34, pois, nessa época, não havia amparo constitucional ao direito dos índios.

Assim, mesmo que as constituições brasileiras anteriores a 1934 não tratem do tema da nulidade dos títulos sobre terras indígenas, a partir do momento em que a CF 34 firmou esse mandamento, tal regra retroage no tempo e revoga qualquer documento contrário. Essa mesma solução consagra-se nos dias atuais, com a CF 88 tendo ratificado o entendimento da CF 34.

Para se chegar a essa conclusão, a um primeiro momento, há que se vislumbrar a Teoria Constitucional que apregoa que a Constituição de um país é um ato originário, inaugural e incondicional. Nesse norte, entende-se que, quando uma Constituição é promulgada, está sendo “originado” um outro Estado totalmente independente do anterior. E a partir dessa ficção, será inaugurada uma nova ordem jurídica a quem o novel país está exclusivamente vinculado. Esse é o pensamento trazido por Alexandre de Moraes (2008, p. 54):

O Poder Constituinte caracteriza-se por ser inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado. O Poder Constituinte é inicial, pois sua obra – a Constituição – é a base da ordem jurídica. O Poder Constituinte é ilimitado e autônomo, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor. O Poder Constituinte é também incondicionado, pois não está sujeito a qualquer norma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.

Nesses termos, tudo o que for prescrito pela Constituição Federal de 1988 fará efeitos plenos, mesmo que venha a contrariar as prescrições constitucionais, legais ou contratuais anteriores. A partir de 1988, o Estado antigo deixou de existir, e só há lugar no novo país para

o que sua nova Constituição propuser. Esse é o posicionamento pacífico da jurisprudência pátria, conforme se extrai dos julgamentos dos Pretórios a seguir:

Julgamento do Tribunal Regional Federal da 1^o Região:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONTRATO DE EXPLORAÇÃO DE MADEIRA. ÁREA INDÍGENA. EXTINÇÃO. NULIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ARTIGO 231, 6. INDENIZAÇÃO INCABÍVEL.

[...]

2. - Não há direito adquirido contra texto constitucional novo, *perdendo total validade a Constituição anterior*, bem como qualquer norma inferior que seja contrária à atual. (Grifo proposital). (BRASIL, TRF 1^o. Região, 1999, p. 40)

Julgamento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: [...] – Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário, ou do Poder constituinte derivado. Precedentes do STF.

VOTO: As normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adquirido, mesmo nas Constituições que vedam ao legislador ordinário e edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte, seja ele ordinário seja ele derivado. (BRASIL, STF, 1985, p. 50)

Segundo observa Pontes de Miranda (1990, p. 436), são “ nenhuns quaisquer títulos mesmo que registrados, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se a data da promulgação havia tal posse o registro anterior da propriedade é título sem uso e sem fruição.” Por conseguinte, inexistente direito adquirido em favor daqueles que possuam titulação dominial envolvendo terras de ocupação, posse e usufruto indígenas, mesmo que tal escritura seja anterior à época da Constituição de 1934. Para Dalmo Dallari (1980, p.51):

E nos termos da Constituição vigente, pertencem ao patrimônio da União as terras ocupadas pelos silvícolas, mas estes têm direito à posse permanente dessas terras, tendo direito à proteção judicial dessa posse, sendo de nenhum valor um título de propriedade que afronte o domínio da União ou a posse dos silvícolas.

Alia-se a esse argumento, o fato de que a Constituição Federal de 1934 só fez tornar expresso um direito que já era previsto na ordem jurídica brasileira desde a época do Brasil-Colônia, quando o Alvará de 1^o de abril de 1680, ratificado pela lei de 6 de julho de 1755, firmou o princípio de que, nas terras outorgadas aos particulares, seria reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas, tendo esse princípio sendo repetido ao longo de todo o Império e início da República. Somente isso já invalidaria eventuais títulos de propriedade.

Portanto, apesar de todas variações havidas na legislação portuguesa e na brasileira relativa às terras ocupadas pelos silvícolas, prevalecem os dispositivos da atual Constituição, contra os quais ninguém pode alegar direitos adquiridos. Assim, é impositivo que estenda os efeitos da CF, *ex tunc*, às terras indígenas de ocupação tradicional.

Nessa conjuntura, intui-se que não se pode alegar contra a Constituição eventual utilização pretérita das áreas indígenas, bem como as escrituras seja qual for a sua antecedência. O imóvel indígena, por ordem constitucional, é de utilização exclusiva dos índios e os particulares não podem, por comodismo, querer desfrutar de algo que a própria CF do atual Estado democrático de Direito lhes garante aos indígenas.

2.10 Notas sobre o tratamento constitucional de outros países sobre direitos indígenas

A defesa dos direitos indígenas, a partir do reconhecimento da emancipação sócio-cultural desses povos e do reconhecimento de uma sociedade plúrima étnica e socialmente, é uma constatação comum nos diplomas constitucionais de outros países, em especial latino-americanos.

São os casos da Constituição colombiana de 1991, que “reconhece e protege a sua diversidade étnica e cultural”; da Constituição do México de 1992, que “assume que tem uma composição pluricultural”; da Constituição paraguaia de 1992, que “além de reconhecer a existência dos povos indígenas, declara-se como um país pluricultural e bilíngue, considerando as demais línguas patrimônio cultural da Nação”; da Constituição do Peru de 1993, que não vai tão longe e apenas “admite como línguas oficiais, ao lado do castelhano, o quetchua, o aimara e outras línguas aborígenes” e a Constituição da Venezuela 1999, que também reconheceu direitos específicos para povos indígenas que vivem em seu território. (SOUZA FILHO, 1993, p. 10). Além disso cita-se a recente Constituição boliviana de 2009, que a partir da fulgurante maioria indígena desse país, denota sua concepção multiétnica e pluricultural.

Além disso, recentemente, foi editada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 13 de setembro de 2007. O presente tratado, já ratificado pelo Brasil, é extremamente avançado e concatenado com as demandas atuais dos povos indígenas. Essa Declaração, além de garantir os direitos individuais, tem uma preocupação

especial em enaltecer os direitos coletivos dos índios. Igualmente, demonstra atenção com a garantia do índio por não-discriminação, autodeterminação e preservação de sua cultura. Destaca ainda a necessidade dos índios acompanharem a defesa de suas terras e o diálogo na realização das políticas públicas que lhe dizem respeito. A presente norma internacional, de certa forma, vem a concretizar a jurisprudência de outros países que reconhecem um tratamento especial aos direitos indígenas.¹³

No que pertine ao entendimento jurisprudencial internacional, entrevê-se abaixo, na citação de Paulo de Bessa Antunes (1996, p. 113-114), uma amostragem sobre a questão possessória indígena na Austrália, Nova Zelândia, Canadá e Estados Unidos:

Recente decisão da Corte Suprema Australiana modificou o entendimento precedente de que as terras indígenas se constituíam em 'res nullius'. O Tribunal no caso Mabo proferiu importante decisão. Foi reconhecido ao povo Merian que estes eram detentores de um título válido, 'against the whole world, to possession, occupation, use and enjoyment of the lands of the Murray islands in Torres Strait'. (Contra todos, em matéria de propriedade, ocupação uso e gozo das terras da ilha Murray no estrito de Torres). Na oportunidade, a corte decidiu que os títulos nativos eram reconhecidos pelo direito comum Australiano.

A Nova Zelândia, igualmente, reconheceu direitos especiais para os Maroi em relação às terras por eles ocupadas; [...]

A Constituição Canadense de 1982, também, reconhece os direitos originários dos indígenas sobre as terras que ocupam . vejamos o número 25 da Lei fundamental do Canadá: '25 – A garantia, nesta Carta, de certos direitos e liberdades não afeta ou revoga quaisquer direitos ou liberdades aborígenes, direito de tratado (treaty rights) ou outros, que assistem aos povos aborígenes do Canadá [...]' é importante observar que o texto constitucional canadense, em realidade, reflete uma série de entendimentos judiciais que vinham se consolidando, lentamente. [...]

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, desde o século XIX, através de acórdãos lavrados pelo Chief Justice Marshall definiu que os índios tinham títulos sobre as suas terras em decorrência do direito de ocupação. [...]"

A ordem jurídica brasileira, seguida pela legislação da América Latina, tem se mostrado farta em disposições normativas garantistas dos direitos indígenas. Também se observa uma postura favorável da jurisprudência nacional e estrangeira no reconhecimento desses direitos. Contudo, é preciso difundir o conhecimento dessa legislação entre a sociedade civil, tornar popular o debate desses direitos no meio acadêmico e jurídico e, principalmente, efetivar a aplicação da legislação indigenista em todas as instâncias da Jurisdição.

¹³ Recomenda-se a leitura do capítulo 1, tópico 1.2.3.3, onde a presente Convenção foi tratada de forma mais detalhada.

3 POSSE INDÍGENA

A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil avançou significativamente na ampliação dos direitos indígenas, embora ainda enfrente dificuldades no plano da efetividade desses direitos. Mesmo com um detalhamento constitucional farto e com o reconhecimento dos direitos indígenas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda há forte resistência judicial, principalmente no juízo de 1º grau, em interpretar e aplicar, conforme a Constituição, o direito do índio à posse de suas terras¹.

Nessa conjuntura, é necessário combater uma verdadeira cultura estabelecida em desfavor dos índios entre os juízes de primeira instância, especialmente demonstrada nas inúmeras liminares emanadas em seu desfavor para salvaguardar títulos dominiais de particulares. É bem verdade que tem se conseguido reformar esse tipo de decisão em sede de recurso para o 2º grau, STJ ou STF. Contudo, até esse reparo do julgamento originário, ocorrem muitos prejuízos aos direitos indígenas.

¹ É importante citar caso emblemático na defesa dos interesses indígenas no estado do Ceará, enfrentado pela Procuradoria Federal – AGU, com atuação deste subscritor. Tal ocorrência reveste-se de grande importância, pois além de denunciar o descumprimento dos direitos indígenas na primeira instância, também envolve entes diversos da Administração Pública e faz uso de uma nova forma de resolução de conflitos. Trata-se da ação de reintegração de posse, processo nº 2004.81.00020053-1, instaurada na 2ª Vara Federal de Fortaleza-CE, interposta pelo Departamento Nacional de Obras contra as Secas - DNOCS em face de Antônio Félix dos Santos (indígena, líder da comunidade Tremembé de Queimadas, situada entre as cidades de Marco, Bela Cruz e Acaraú, todas no estado do Ceará). O conflito decorre da construção do projeto “Perímetro Irrigado Baixo Acaraú”, pelo DNOCS, sem saber que se situava em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Contudo, por ter título de propriedade sobre a área, o DNOCS veio a juízo requerer a reintegração de posse na terra. Nesse diapasão, o juiz de 1º grau concedeu medida liminar no dia 02/09/2004, determinando a retirada dos índios da terra tradicionalmente ocupada, ora em disputa, fundamentado tão-somente em título de propriedade, contrariando, assim, disposição constitucional. Nesse momento, a Procuradoria Federal-AGU entra em cena, requer suspensão do prazo para cumprimento da decisão judicial e por se tratar de disputa de interesses entre entes da própria Administração Pública (no caso em comento, DNOCS, FUNAI e União), instaura os processos administrativos nº 59204.005032/2005-71 & 00407.001527/2005-00 na Câmara de Conciliação da AGU, órgão incumbido de decidir as questões *interna corporis* do Executivo, de uma forma mais eficiente. Assim, findo o processo administrativo conciliatório, foi decidido pela AGU, no dia 08/12/2005 que o DNOCS deveria desistir da ação judicial. Posteriormente, foi peticionado nesse sentido ao juízo de 1º grau e no dia 07/02/2006, expedida sentença final de extinção do feito com julgamento de mérito, que resultou na permanência dos índios na posse da sua terra tradicionalmente ocupada, até os dias atuais. (CEARÁ, 2010)

Essa discrepância entre o entendimento geral dos magistrados de primeira instância e a interpretação dos tribunais superiores relativamente à matéria justifica a necessidade de ampliação da discussão em torno da construção teórica da posse indígena. É importante reiterar a peculiaridade desse instituto, afastando a lente romanista que teima em colorir seus contornos com as notas próprias da posse civil. E ainda demonstrar a eficácia formal dos dispositivos constitucionais atinentes ao tema, contribuindo para que a informação venha a alimentar também a eficácia social da legislação indigenista.

3.1 Aspectos peculiares da posse indígena

A Constituição Federal de 1988 procurou cercar as terras tradicionalmente ocupadas por indígenas de garantias para manutenção de seu espaço territorial: num primeiro momento, declarou expressamente os direitos originários dos índios sobre tais terras, ratificando as disposições do Alvará de 1º de abril de 1680 e, num segundo momento, definiu as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como um *habitat* físico e cultural dos indígenas². Seguindo a esses dispositivos, o texto constitucional enumerou uma série de medidas de proteção e resguardo dessas terras tais quais as delineadas no capítulo anterior. (MENEZES, 1995).

O Estatuto do Índio também prevê um conjunto de medidas de proteção às terras habitadas pelos indígenas; algumas delas revogadas e outras ratificadas pelo texto constitucional de 1988. O artigo 17 do Estatuto do Índio classifica as terras indígenas em três categorias: “I) *as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas* a que se refere o art. 231 da Constituição; II) - *as áreas reservadas*; e III) - *as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas*”. As primeiras são aquelas definidas pela Constituição Federal de 1988 como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, sobre as quais incidem o direito de usufruto exclusivo dos índios e o domínio da União, nos termos dos arts. 231, § 2º, e 20, inciso XI. As áreas reservadas³ não se confundem com as terras tradicionalmente ocupadas sobre as quais os indígenas tem direito originário e congênito. São áreas existentes em

² Constituição Federal/1988, 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 ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (grifo proposital).

³ Estatuto do índio, art. 26 - “A União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, as áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito a usufruto e utilização das riquezas naturais dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais. Parágrafo Único - As áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas, podendo organizar-se sob uma das seguintes modalidades: a) reserva indígena; b) parque indígena; c) colônia agrícola indígena, d) território federal indígena.”

qualquer parte do território nacional que a União acha por bem destinar à posse e ocupação dos índios. Classificam-se em: a) *reserva indígena*; b) *parque indígena*; c) *colônia agrícola indígena*, e d) *território federal indígena*. As terras de domínio das comunidades indígenas ou dos silvícolas⁴, por fim, são aquelas adquiridas pelas formas de aquisição de domínio previstas na legislação civil.

Diante da classificação de terras indígenas, proposta pelo Estatuto do Índio, o que mais interessa são os aspectos particulares da primeira categoria, quais sejam, *as terras habitadas pelos índios*, consubstanciadas atualmente no conceito de *terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas*, especificadas pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, serão cogitados os elementos legitimadores do direito originário dos índios à posse dessas terras e os principais elementos que interferem na sua definição. Em seguida, desenvolver-se-á um paralelo entre as “terras indígenas e terras devolutas”, bem como entre “terras indígenas e unidades de conservação”, para, ao final, traçar uma comparação entre os elementos que constituem a posse indígena (o direito dos índios ao usufruto exclusivo das terras que tradicionalmente ocupam) e os elementos que constituem a posse civil.

3.2 O indigenato

A relação de posse que os índios têm com a terra onde vivem não pode ser compreendida pelos mesmos institutos aplicados aos civis. Há um conceito peculiar para explicar essa relação. Assim, pode-se afirmar que a posse indígena é fundada no instituto do indigenato que é o manancial primário e congênito dessa posse territorial. (SILVA, 1984, p.03). A noção de indigenato tem base constitucional, daí a sua aplicação incondicional.

O indigenato foi expressamente consignado pela Constituição Federal de 1988⁵, reconhecendo⁶ o direito indígena à posse de suas terras como um direito originário. Tal

⁴ Estatuto do índio – “Art. 32 -São de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição de domínio, nos termos da legislação civil.”

⁵ “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. (grifo proposital) § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.” § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

disposição confirma o Alvará Régio de 1680 ratificado pela lei de 6 de julho de 1755. O Alvará Régio de 1680 reconhecia os índios como os *primeiros e naturais senhores de suas terras* e a Lei de 1755 determinava que os direitos dos índios, senhores naturais de suas terras, fossem respeitados no processo de concessão de terras a particulares. Trata-se o indigenato de um direito histórico, decorrente da ocupação primitiva (CUNHA, 1987, p. 33).

Do ponto de vista semântico, dizer-se direito congênito vale dizer aquele direito que nasce com o indivíduo; inato⁷. Nesse sentido, dispõe o Estatuto do Índio no art. 25, que o reconhecimento do direito dos índios à posse permanente das terras por eles habitadas independerá de demarcação.⁸ Em mais uma consulta ao dicionário, tem-se por originário o direito que se conserva desde a origem, primitivo.⁹ Portanto, conclui-se, assim, que o indigenato é um direito essencial dos índios à posse das terras que ocupam. É congênito aos índios, tanto em vista de sua condição étnica, quanto em função da ocupação primitiva. Nesse norte, orienta João Pacheco de Oliveira (1987, p. 08):

O direito dos índios é originário e decorre de sua conexão sócio-cultural com povos pré-colombianos que aqui habitavam. Tal direito não procede do reconhecimento do Estado (nem é anulado pelo não reconhecimento), mas decorre do fato mesmo da sobrevivência atual dos grupos humanos que se identificam por tradições ancestrais e que se consideram como etnicamente diferenciados de outros segmentos da sociedade nacional.

A concepção do indigenato alimenta-se de uma noção do justo, ao atribuir a cada um aquilo que lhe pertence desde as mais remotas datas. Contudo, ultrapassa o direito natural, uma vez que foi positivado no Alvará Régio de 1680 e na CF 88.

O indigenato não se confunde com a ocupação, nem com a mera posse estabelecida pelos romanos. Enquanto a posse por ocupação é um título adquirido, o indigenato é um título originário e congênito. A mera ocupação, como um fato posterior, exige que o ocupante aja de acordo com as ordens do dono. Sustenta José Afonso da Silva (1984, p. 04) que o indigenato é legítimo e suficiente por si só, “é fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito

⁶ Note-se que a utilização do verbo “reconhecer” pela Constituição indica que o direito da comunidade indígena sobre a terra que ocupa existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo. (SANTILLI, 1993, p. 67)

⁷ Aurélio Buarque de Holanda (1984, p. 459), define o adjetivo *congênito* da seguinte forma: “Congênito [Do lat *congênita*]. Adj. 1. Gerado ao mesmo tempo. 2. Nascido com o indivíduo; conatural, inato.”

⁸ Estatuto do índio – “Art.25: O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do art. 193 da Constituição Federal, independerá de demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.” (grifo proposital)

⁹ Aurélio Buarque de Holanda (1984, p.1233), define o adjetivo originário da seguinte forma: “Originário [Do lat. *originariu*]. Adj. [...] 3. Que se conserva desde a origem: primitivo.”

congênito, enquanto a ocupação é um direito adquirido”. João Mendes Júnior (1912, p. 58-60) esclarece com muita propriedade a diferença entre o indigenato e a ocupação:

O indígena, primariamente estabelecido, tem a *sedum positio*, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurisconsulto Paulo (Dig., tit. de *acq. vel. amitt. possess.*, L. 1), a que se refere Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas o indígena, além desse *jus possessionis*, tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de Abril de 1680, como *direito congênito*. Ao *indigenato*, é que melhor se aplica o texto do jurisconsulto Paulo: *guia naturaliter tenetur ab eo qui insistit*. Só estão sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder de ocupante (art.3o. da Lei de 18 de setembro de 1850); ora a *ocupação* como título de aquisição, só pode ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A *ocupação* é uma *apprehensio rei nullis* ou *rei derelictae* (configuram-se os civilistas, com referencia ao Dig., tit. de *acq rerum domin.*, L.3 e tit. de *acq. vel. amitti poss.*, L.1); ora, as terras de índios, *congenitamente* apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullis*, nem como *res derelictae*, por outra, não se concebe que os índios tivessem *adquirido* por *simples ocupação*, aquilo que lhes é congênito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há mais simples posse, há um título *immediato* de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, ha domínio a reconhecer e direito originário preliminarmente reservado.

Resta, pelo aludido autor, que o indigenato não é o mesmo que ocupação dos índios sobre a terra, porque a ocupação é um tipo de aquisição derivada da propriedade, enquanto a relação do índio com a terra é inaugural a sua própria existência, já que foram congenitamente apropriadas. Portanto, na área que foi ocupada por particulares, estaria implícito o resguardo das terras indígenas, que são seus naturais e primeiros donos.

Enquanto o indigenato é um instituto de origem luso-brasileira, a ocupação, a posse e a propriedade são instituições do direito romano. Conforme ensina o José Afonso da Silva (2004, p. 836):

[...] a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil. Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação de terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exame, porque nele se consagra a idéia de permanência, essencial a relação do índio com as terras que habita.

Ao contrário do indigenato, direito originário e congênito, a posse e a propriedade privada se situam no plano daqueles direitos adquiridos ao longo da vida. No direito brasileiro, a posse civil, privada, configura-se a partir da teoria de Ihering. Segundo essa teoria, chamada “objetiva”, a posse consiste no exercício de um ou mais dos poderes inerentes

ao proprietário, com vistas à utilização econômica da coisa em benefício próprio. (Rao, 1980, p.9.). Adquire-se a posse através da prática reiterada, com publicidade, dos atos materiais correspondentes ao exercício desse direito. (CORDEIRO, 1993, p.460.)

Já o indigenato, como direito congênito que é, nasce e morre com o índio, independentemente de requisitos exteriores que o legitimem. Enquanto a posse civil se estabelece através do processo de utilização econômica em benefício individual do seu titular, verifica-se que a posse decorrente do indigenato configura-se a partir de uma relação antropológica que os índios têm com a terra - seu *habitat*.

A posse dos índios sobre suas terras não precisa nem pode ser protegida a partir dos conceitos civilistas. Não se perquire aqui o título registrado para legitimar a propriedade nem se investiga a posse por meio da natureza da utilização da terra. Ao contrário, parte da concepção geral de que, se uma terra é tradicionalmente ocupada pelos índios, então esta lhes pertence, originariamente. Assim, torna-se sem valia a existência de registros civis em nome de não-índios, pois muitos deles foram conseguidos por meio de violência quer seja física, quer moral. Portanto, não é possível a sobreposição de direitos de não-índios sobre terras indígenas. Dessa forma, as terras indígenas foram destinadas aos diversos grupos étnicos, em razão da incidência de direito originário, ou seja, uma prerrogativa anterior e prevalecente a toda outra que por ventura possa se ter constituído sobre o território dos índios.

A teoria do Indigenato vem sendo adotada majoritariamente pelos tribunais tal como se vê no julgamento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

Ementa: Processo Civil. Arguição do 'decisum' rejeitada. São bens da União terras tradicionalmente ocupados pelos índios. Instituto do indigenato. Direito congênito. Inaplicabilidade à espécie do conceito de posse civil. [. . .]
 3. O fundamento do direito dos silvícolas repousa no indigenato, que não se caracteriza como direito adquirido, mas congênito.
 5. Inaplicabilidade, à espécie, do conceito de posse civil. A posse indígena vem definida pelo art. 23 da Lei 6001 de 19.12.73, Estatuto do Índio.
 [...]

 7. Recursos improvidos. (BRASIL, 1994, p. 72)

Portanto, o indigenato é considerado um direito congênito à própria natureza indígena, pois a posse sobre as terras de ocupação tradicional é adquirida originariamente com o nascimento de cada índio da comunidade.

O indigenato repousa suas razões, assim, na necessidade de preservação da identidade étnica do povo brasileiro. A princípio se poderia pensar que se trata somente de um direito

natural, pois é intuitivo a sua inspiração nas primeiras razões de justiça universal e valores éticos, posto que nada mais moral do que conferir aos primeiros habitantes do país o direito à posse sobre a terra que ocupavam. Destarte, o indigenato tem um fundamento ainda mais firme, já que é reconhecido pela Constituição Federal. Dessa forma, trata-se de um direito positivo no Ordenamento Jurídico Brasileiro, exigível perante o Judiciário, máxime quando confrontado com o instrumento infraconstitucional da posse civil.

3.3 Posse permanente sobre as terras tradicionalmente ocupadas

A posse indígena se legitima, portanto, no indigenato e se revela através da tradicionalidade da ocupação da terra pelos índios. A Constituição Federal traz o conceito de terra tradicionalmente ocupada pelo índio:

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

Cuida-se para não identificar o conteúdo da expressão “tradicionalidade na ocupação” com a simples idéia de “ocupação ou posse imemorial”¹⁰, no sentido meramente temporal, como se a posse dos índios sobre as suas terras (posse indígena) decorresse apenas da ocupação física do território desde épocas remotas. Quando a Constituição Federal de 1988 reconhece os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam¹¹, não menciona qualquer fator temporal para se determinar o que seja terra tradicionalmente ocupada pelos índios, apenas condiciona essa expressão à idéia de *habitat* das comunidades indígenas ocupantes, em que a noção de *habitat*, segundo João Pacheco de Oliveira (1987, p. 8), aponta a necessidade de manutenção de um território, dentro do qual determinado grupo humano, atuando como sujeito coletivo e uno, tenha os meios suficientes e adequados para garantir a sua sobrevivência física e cultural.

Logo, quando se fala em terra tradicionalmente ocupada, não se está indagando por requisitos meramente temporais para que se legitime a posse indígena. A intenção do

¹⁰ “*Terras tradicionalmente ocupadas* não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1º de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão *ocupadas tradicionalmente* não significa uma ocupação imemorial” (grifo propositual). (SILVA, 2004, p.727.)

¹¹ Constituição Federal de 1988, art. 231, *caput* - “ São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os *direitos originários sobre o as terras que tradicionalmente ocupam*, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (grifo propositual).

constituente não foi de perscrutar tão somente a quantidade de anos que a comunidade indígena habita determinada gleba. Na realidade, o fator temporal é um dado secundário na determinação e identificação de uma terra indígena. O elemento primordial na sua identificação é, sim, a ocupação tradicional, ou seja, o modo como os indígenas lidam com a terra e o que esta representa ao longo do seu desenvolvimento social. Para José Afonso da Silva (2004, p. 728):

O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize de acordo com seus usos, costumes e tradições. (grifos do autor).

Do significado semântico do vocábulo “tradição”, apresentado por Aurélio Buarque de Holanda (1984, p. 1696), tem-se o ato de transmitir, de entregar; transmissão oral de lendas, fatos etc., de idade em idade, de geração em geração; transmissão de valores espirituais ao longo do tempo, através das gerações; conhecimento ou prática resultante da transmissão oral ou de hábitos inveterados. Para De Plácido Silva (1987, p. 97), “tradição”, do latim *traditio, de tradere*, significa, igualmente, dar em mão, entregar, passar para o outro. Em sentido amplo, tradição significa tudo o que se passa ou se transmite através do tempo ou do espaço. É a transmissão ou passagem de fatos ou de coisas, de pessoa a pessoa. Na linguagem vulgar, exprime a transmissão ou a passagem de fatos, de gerações a gerações, a fim de que os tenham presentes e os conservem.

Como cada comunidade indígena apresenta uma estrutura social, cultural e econômica específica, entende-se que a posse indígena se revela pela ligação territorial que determinada comunidade indígena tem com a terra, desde os seus ancestrais; nela identificando não apenas um espaço físico, mas também um elemento presente e indispensável ao desenvolvimento de suas variadas manifestações étnicas, segundo os seus usos, costumes e as suas tradições. A posse sobre determinada parcela de terra integra o vínculo histórico que a comunidade indígena ocupante guarda com os seus ascendentes pré-colombianos, porque cada comunidade indígena tem um modo próprio, constitucionalmente respeitado, de lidar com a sua terra, o seu *habitat*. De acordo com a história de cada grupo, a ocupação territorial pode se apresentar diferenciada.

Logo, trata-se da busca dos elementos culturais na forma de a tribo se relacionar com seu quinhão. Deveras, o que se investiga é se os índios empregam a tradição de seus

antepassados e os seus costumes peculiares, na ocupação da terra ou na inter-relação com seus elementos vivos.

Igualmente, o sentido do termo ocupação tradicional, empregado na definição constitucional, poderá indicar outros tipos de uso da terra. Cite-se, as terras necessárias para a subsistência dos índios, caracterizadas pelos lugares de onde se retiram o sustento e se praticam atividade produtiva, nos moldes culturais. Alie-se ainda, as terras imprescindíveis para a reprodução física e cultural do índio. Isso é verificado, pela busca das suas atividades culturais, religiosas, lúdicas e recreativas.

Logo, há que existir a “tradicionalidade de continuidade viva” (MIRANDA, 1994, p. 134). Deve haver a forma peculiar e tradicional da comunidade indígena ocupar a terra para defini-la como de ocupação tradicional indígena e, assim, garantir-se o seu direito de posse sobre ela, nos termos da Constituição.

Assim, a busca pela caracterização das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será feita de forma inversa, pois se procurará primeiro através das formas de convivência dos índios com os elementos naturais do seu espaço, para depois se verificar o tempo que eles estão na área. Uma vez verificado que a terra é ocupada nos moldes tradicionais da cultura indígena, lança-se uma garantia para o futuro de forma a consagrar para frente o direito dos índios sobre as terras que habitam de forma tradicional.

Contudo, não se pretende resguardar aos índios do Brasil, todas as terras que, um dia, já foram suas. Visa-se garantir aos remanescentes indígenas, os territórios ocupados tradicionalmente, bem como os territórios que compõem a base de sua estrutura étnica e social e fazem o seu *habitat*. É preciso que exista uma ocupação temporal próxima da terra pretendida pela comunidade indígena; do contrário, como diria o Ministro do Supremo Tribunal Federal, no M.S. 20.234 MS, 04/07/1980, “[...] nós poderíamos até confiscar as terras de Copacabana ou Jacarepaguá, porque já foram ocupadas pelos tamoios” (apud MIRANDA, 1994, p. 71). Portanto, há que se verificar, com responsabilidade, as áreas demarcadas.

Mas, não basta abranger as terras de ocupação atual dos índios, para que se dê a proteção da posse indígena. É preciso incluir aquelas que, embora os índios não mais se encontrem no presente, tenham sido expulsos de forma violenta, física ou moralmente, pois quando os índios são segregados de suas terras, isso não gera o seu abandono ou

descontinuidade da posse. Define-se, portanto, que a regra deve ser a reposição dos índios expulsos violentamente, à suas terras. Agregue-se que não há uma quantidade de tempo determinada dessa expulsão, para definir a proteção possessória, mas há que se buscar um período de tempo razoável e o contexto social. Lembre-se, ainda, que independente do tempo da expulsão violenta dos índios, deve sempre ser garantido o seu retorno às terras que guardem traços importantes da memória étnica e antropológica indígena

No que tange ao fato de determinadas comunidades indígenas serem forçadas a sair dos seus territórios, pela ação violenta de terceiros que pretendem explorar economicamente as suas terras, importante denunciar a atuação de fazendeiros ou empresas diversas, que se apossaram dos territórios indígenas ao longo dos tempos e ainda continuam essa prática nos dias atuais. Entretanto, as pretensões espúrias desses invasores não podem ser suficientes para desconstituir o direito dos índios às terras que ocupam, pois os direitos originários dos índios sobre as suas terras são indisponíveis e imprescritíveis, sendo eivados de nulidade quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, a posse ou o domínio dessas terras.¹²

Assim, o fato de os índios terem sido expulsos de sua terra, seja por ato de autoridade política, seja por ação dos particulares, não desconfigura a continuidade de sua posse, pois se verifica que o fator violência foi empregado em substituição da variável vontade. Ademais, os índios, por força de lei, não podem dispor da propriedade dessas terras, pois pertencem à União. Também não se admitiria que os atos desses índios prejudicassem seus descendentes e viesse a comprometer a manutenção do espaço físico de sua etnia, a conservação de sua história e a transmissão de seus costumes.

Por outro lado, acrescente-se que na verificação da extensão das áreas indígenas, não basta conceder aos índios os exatos limites que estabelecem a sua habitação na atualidade, há também que se considerar a existência dos movimentos migratórios dentro da própria área, como fenômeno cultural dos índios, afinal, a posse indígena não pode se determinar pelos mesmos parâmetros da posse civil, onde a ocupação física da terra exerce forte influência na sua garantia.

¹² Constituição Federal de 1988, 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 direito a indenização ou ações contra a União, salvo na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé”.

Nesse mesmo sentido, quando a Constituição Federal de 1988 diz que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, segundo os seus usos costumes e tradições (art.231, §1º.), não pretende exigir uma simples ocupação imemorial. Parece muito mais, e a isso se aplica o entendimento retirado de Pontes de Miranda (1970, p. 476) nos seus comentários à Constituição de 1967, que se está se referindo à idéia de residência, pois, condicionando essa habitação permanente aos costumes, usos e às tradições de cada comunidade indígena, estão-se reconhecendo as diversas formas de *habitats* construídas pelas diversas comunidades indígenas. Nesse conceito, enquadram-se os *habitats* das comunidades indígenas mais estáveis e, portanto, mais sedentárias, e os *habitats* das comunidades indígenas menos estáveis. Portanto, só um estudo antropológico acerca de uma determinada comunidade indígena pode dizer se ela habita em caráter permanente uma dada parcela de terra.

3.4 Distinção entre terra devoluta e terra tradicionalmente ocupada pelos índios

Quando a Constituição Federal de 1891, no art. 64, passou as terras devolutas ao domínio das unidades federadas, pensou-se que as terras indígenas como um todo haviam passado ao domínio dos Estados. Na realidade, o que passou aos Estados foram as terras devolutas, dentre as quais se contavam as terras dos aldeamentos extintos pelas determinações imperiais de 1887. Salienta-se que somente os aldeamentos constituídos em terras devolutas, por força da Lei de Terras (Lei n.º. 601/1859) e do seu regulamento (Dec. n.º. 1318/1854), quando abandonados ou extintos, poderiam ser incluídos entre as terras devolutas.

Nem as terras dos aldeamentos não extintos, nem as terras congenitamente possuídas pelos indígenas, fundamentadas no indigenato e assim respaldadas pelo Alvará de 1º de abril de 1680, poderiam ser consideradas devolutas (CUNHA, 1987, p. 74). Nesse sentido, assinala João Mendes Júnior (1912, p. 62), com reconhecida autoridade que:

Aos Estados ficaram as terras devolutas; ora as terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º. de Abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art.24 §1º. do Decr. de 1854; as terras reservadas para o *colonato de indígenas* passaram a ser sujeitas às mesmas regras que as *concedidas para o colonato de imigrantes*, salvo as cautelas de orphanato em que se achavam os Índios; as leis estaduais não tiveram, pois, necessidade de reproduzir as regras dos arts. 72 a 75 do Decr. n.º. 1.318 de 30 de janeiro de 1854.

No período colonial, as terras brasileiras, quanto à sua propriedade, classificavam-se em terras particulares e terras públicas. Entre as terras particulares, estavam aquelas incorporadas

ao domínio de um particular, em virtude de um título legítimo. As terras públicas, por sua vez, compunham-se por seis classes: a) as pertencentes às Nações, Províncias ou aos Municípios; b) as aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal; c) as sujeitas a posse de particulares, sem qualquer título, a não ser a ocupação; d) as sujeitas à posse de particulares em virtude de concessões incursas em comisso; e) as encontradas sob o domínio útil de um particular e f) as desocupadas, que não estavam na posse de ninguém.

Sob essa perspectiva, em função do reconhecimento que a legislação da época imprimia aos direitos originários dos indígenas sobre as suas terras, as terras indígenas se aproximavam mais da classificação das terras particulares do que da classificação das terras públicas. O regime jurídico das terras indígenas só foi definitivamente resolvido a partir de 1934, quando passaram a ser contadas entre as terras públicas. É conveniente lembrar que redação do Alvará de 1º de abril de 1680, ratificado pela Lei Pombalina de 6 de julho de 1755, expressamente reconhecia os direitos anteriores dos índios sobre as suas terras, por serem os primeiros e naturais senhores delas:

[...] E para que os ditos Gentios, que assim decerem e os mais, que ha de presente, melhor se conservem nas Aldeas: hey por bem que senhores de suas fazendas, como são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dadas em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturaes senhores dellas. (Alvará de 1º. de abril de 1680, parágrafo 4)

Com a promulgação da Lei de Terras (Lei nº. 601, de 1850) e do seu Regulamento (Dec. nº.1.318, de 1854), houve uma reorganização no sistema fundiário brasileiro, separando o domínio público do domínio privado. Na tentativa de organizar o sistema de propriedade das terras brasileiras, a Lei de Terras avocava para o domínio estatal todas as áreas reputadas irregulares e, depois, possibilitava aos interessados a oportunidade de regularização desses *fundi*. Em consequência, possibilitou a revalidação das antigas concessões de sesmaria e a legitimação das posses primárias e secundárias, mediante requisitos de medição, cultura efetiva e morada habitual de todos os que se julgavam donos de tais glebas. Assevera Raimundo Laranjeira (1981, p.35) que, em consequência dessa lei, o termo devoluto “passou a significar, também, todo território ocupado ou desocupado, cultivado ou inculto que, de modo indistinto, não deveria ser considerado de legitima propriedade de particulares.” Portanto, pela Lei de Terras (art. 3º), consideravam-se devolutas, isto é, vagas à Nação:

1º) as terras que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial ou municipal; 2º.) as que se não acharem em domínio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura; 3º.) as que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, foram revalidadas pela Lei; 4º.) **as que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas pela Lei.**(grifo proposital)

Nota-se que, da leitura do parágrafo quarto desse artigo, aquelas posses legitimadas por lei, ainda que não fundamentadas em título legal, estavam excluídas do rol das terras devolutas. Os direitos dos índios sobre as terras que originariamente ocupavam, ou seja, à posse indígena não se fundavam em título legal, fundavam-se no indigenato, título originário assegurado pelo Alvará de 1º de abril de 1680; logo as terras indígenas não poderiam ser consideradas devolutas. A esse respeito afirma João Mendes Júnior (1912, p.64):

Os nossos sertanejos acham-se, portanto, diante dos seguintes títulos originários de propriedade:

1º. O das terras *possuídas por hordas selvagens collectivamente organisadas*, cujas posses não estão sujeitas a *legitimação*, visto que o seu título não é a *occupação*, mas o *indigenato* (Alvará de 1º. de Abril de 1680).

Quando o Dec. nº. 1.318 de 1854 (Regulamento da Lei de Terras) dispôs sobre as posses sujeitas à legitimação, também dali excluiu as terras indígenas; veja o art. 24, §1º do citado decreto: “Art. 24 - Estão sujeitos à legitimação: § 1º - As posses, que se acharem em poder de primeiro occupante, não tendo outro título senão a sua occupação.”

Portanto, só estão sujeitas à legitimação aquelas posses havidas por occupação. O art. 24 do Dec. nº. 1.318/1854 reconheceu a existência de um primeiro occupante com título diverso da mera occupação. Somente o indígena que tem direitos originários e congêntos sobre as terras que ocupam apresenta o indigenato legitimando a sua posse territorial. Para Mendes Júnior (1912, p. 60-61): “o Dec. nº. 1.318/1854 repetiu desse modo o pensamento do Alvará de 1º. de abril de 1680: quero se entenda ser reservado o prejuízo e direito dos índios, *primários e naturaes senhores das terras*”. Portanto, ainda com João Mendes Júnior (1912, p.57), conclui-se que:

Bem se compreende que o Legislador não julgou necessário subordinar os índios aldeados, mesmo nos districtos onde existem hordas selvagens, às formalidades da legitimação de sua posse; [...] - Desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por elles occupadas, si já não fossem delles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; em qualquer hypothese, suas terras lhes pertenciam em virtude do direito á reserva, fundado no Alvará de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita á legitimação e registro.

Para o publicista Marcelo Caetano (1977, p. 418), as terras vagas ou devolutas podem ser definidas como aquelas que “não tendo dono, não sejam objeto de posse legítima nem se achem aplicadas a algum uso público”. Ora, a posse dos índios sobre as suas terras é reconhecidamente legítima desde a legislação colonial. Nem sob a vigência da Constituição Federal de 1891 as terras indígenas, legitimadas no indigenato, poderiam ser consideradas devolutas, pois, segundo João Mendes Júnior (1912, p. 62): “as terras do indigenato são originariamente reservadas na forma do Alvará de 1º abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 do art.24, §1º. do Dec. 1854”

Com o objetivo de impedir que as terras dos índios fossem tratadas como terras devolutas, o Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios, Dec. n.º.736 de 6 de abril de 1936, estabeleceu no art. 3º que:

O Serviço de Proteção aos índios promoverá os actos mais convenientes:
 a) para impedir que as terras habitadas pelos silvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem, demarcando-as, fazendo respeitar, garantir, reconhecer e legalizar a posse dos índios, já pelos Governos Estaduaes ou Municipaes, já pelos particulares.

Se ainda sob a égide da Constituição de 1891 era impróprio considerar as terras indígenas como terras devolutas, a partir da Constituição Federal de 1934, “constitui uma inequívoca *contradictio in adjecto* falar-se em terras devolutas ocupadas por silvícolas.” (MENDES, 1989, p. 45). A partir da Constituição Federal de 1934, as constituições brasileiras mantiveram, de certa forma, um contínuo reconhecimento do direito de posse dos índios sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, como já visto no capítulo anterior.

As terras devolutas, quanto à titularidade, passaram por diferentes fases: no período colonial, pertenciam a Portugal; na época imperial, pertenciam à Coroa; com a Proclamação da República, a Constituição de 1891 transferiu-as para os estados, reservando para a União apenas as indispensáveis para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais (art. 64). A Constituição Federal de 1946 incluiu entre os bens da União aquela mesma porção de terras devolutas (art. 48., I). A Constituição Federal de 1967, com a Emenda de 1969, reservou para a União “a porção de terras devolutas indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais” (art. 4º, I). A Constituição Federal de 1988 foi mais restritiva e estabeleceu como terras devolutas “as indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e das construções militares, das vias federais de comunicação e da preservação ambiental, definidas em lei” (art. 20, II).

A Constituição Federal de 1988 considera devolutas¹³ como uma das espécies do gênero “terras públicas”, ao lado de tantas outras, como os terrenos reservados, os terrenos de marinha e as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Porém, ao contrário das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, que são bens indisponíveis e destinados a um objetivo específico (a garantia dos direitos originários dos índios sobre elas), as terras devolutas são bens disponíveis e integram a categoria de bens dominicais, precisamente pelo fato de não terem nenhuma destinação pública. (DI PIETRO, 1994, p. 98). É certo que a Constituição Federal de 1988 trouxe a inovação constante no art. 225, §5º, segundo a qual “são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais”. No entanto, isso não desconstituiu a natureza e o regime jurídico geral aplicável às terras devolutas como um todo.

3.5 Distinção entre unidade de conservação ambiental e terra tradicionalmente ocupada pelos índios

Assevera a Constituição Federal de 1988 que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à própria coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as gerações presentes e futuras. De maneira que, para garantir o equilíbrio ambiental, com maior eficácia, o texto constitucional estabeleceu algumas obrigações ao Poder Público, dentre elas a de definir, em todas as unidades da federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos (art.225, §1º,III), ou seja, unidades de conservação.

Para Souza Filho (2006), as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, sobre as quais incidem os seus direitos originários, são, em si, uma unidade de conservação, embora não estejam assim arroladas pela decisão nº. 011/87 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. Afinal, a Constituição Federal de 1988 tem por direção básica garantir a sobrevivência das populações indígenas em seus *habitats* naturais, quais sejam, as terras por eles tradicionalmente ocupadas. Essas terras são, em essência, uma unidade de conservação cultural, cuja finalidade é possibilitar a preservação da vida de um povo.

Malgrado essa conjectura, o certo é que essas terras indígenas, tal como definidas pela Constituição Federal de 1988, não surgem no mundo jurídico a partir de um ato normativo ou

¹³ “CF - Art. 20, inciso II - São bens da União [...] II - as terras devolutas indispensáveis á defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;”

administrativo, como se dá com as unidades de conservação propriamente ditas; as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são definidas a partir da ocupação tradicional de um dado espaço territorial por comunidades ditas e aceitas como indígenas. Os direitos dos índios incidentes sobre elas são reconhecidos como direitos originários, anteriores à própria criação do Estado brasileiro, de sorte que não se cria uma terra de ocupação tradicional indígena, apenas se reconhece a sua existência.

Quanto à possibilidade de criação de uma outra unidade de conservação dentro de uma terra indígena, este estudo adota o entendimento de que somente seria constitucional se não fossem comprometidas as funções de *habitat* que referida terra desenvolve. Uma unidade de conservação em terra indígena não poderia comprometer a sua finalidade constitucional, que é a de garantir o *habitat* da comunidade indígena, o que implica o seu livre desenvolvimento cultural e social, com os seus usos, costumes e as suas tradições. Nesse sentido, reforça o Estatuto do Índio, no art. 18, *in verbis*: “As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas”.

É de se observar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre as áreas de conservação ambiental, no caso paradigmático da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. No caso em análise, admitiu-se a manutenção da área de conservação ambiental dentro de terras indígenas, bem como se estabeleceu como “condicionantes” da decisão, a atribuição a um órgão público, qual seja, o “Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade”, sobre os três itens¹⁴ a seguir:

- 1- A fiscalização do usufruto dos índios nas suas terras que coincidam com ‘áreas de conservação’;
- 2- A administração dessas ‘unidades de conservação’, dentro de terras indígenas;
- 3- A estipulação da forma de visita de não-índios em ‘unidades de conservação’, dentro de terras indígenas.

A jurisprudência do STF, no caso Raposa Serra do Sol, entende que as terras indígenas dessa área estão submetidas a uma gestão ambiental. Contudo, esse estudo alerta que a defesa dos interesses indígenas não devem estar abaixo dos bens ambientais. Logo, aqueles não poderiam ser sacrificados em favor de um direito difuso ambiental. Assim, o ideal seria que a gestão ambiental tivesse a efetiva participação dos índios. Dessa forma, seriam permitidas

¹⁴ Foi realizado resumo na redação destas condicionantes, contudo sua escrita original encontra-se nos anexos desta Dissertação.

estratégias para que os índios conduzissem a um desenvolvimento sustentável e condução independente de sua área.

Ademais, não se pode admitir que os índios sejam os vilões da degradação ambiental. Não se pretende justificar quaisquer ações danosas dos índios ao meio ambiente, mesmo porque as terras indígenas estão sujeitas às normas ambientais de caráter genérico, como as de proteção à água, ao ar e à vegetação de reservas ecológicas. Além disso, o Dec. n.º. 24 de 4 de fevereiro de 1991 regula a obrigação da União em proteger ambientalmente as terras indígenas e os seus contornos. O decreto prevê diagnóstico ambiental; recuperação de áreas degradadas; controle das atividades potencialmente modificadoras do meio ambiente, inclusive daquelas desenvolvidas fora dos limites das áreas indígenas que afetam; educação ambiental e identificação de tecnologias, indígenas e/ou não indígenas, voltadas para a preservação ecológica. Determina ainda que, na elaboração dos projetos ambientais acima referidos, serão respeitados a organização social e política, os costumes, as crenças e as tradições da comunidade indígena interessada.

Assim, a Constituição Federal de 1988 procurou respeitar a forma de ocupação territorial dos índios, e as leis infraconstitucionais estão tratando de otimizar essa ocupação tradicional às medidas adequadas de proteção ambiental.

3.6 Distinção entre posse civil e indígena

A posse indígena não pode ser confundida com aquela posse de cunho estritamente civil. Para o Direito Civil, a posse é uma relação material com a “res”, na medida em que seu titular exerce a destinação econômica apropriada para o bem. A posse civil tem fortes vínculos com o conceito de propriedade, posto que intenta proteger uma relação de fato que oferece todos os traços de uma relação de domínio. É certo, porém, que, se a razão da proteção da posse ao longo dos tempos foi como uma melhor maneira de acautelar a propriedade, atualmente aquela tem tutela específica, como um instituto de direito civil autônomo.

Já a posse indígena, no Brasil, é decorrente do Alvará Régio de 1680, que foi reproduzido na CF 88, quando reconhece o direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, o constituinte federal de 1988 previu o instituto da posse indígena no art. 231, §2º, CF: “Art. 231, § 2º- As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.”

Esse entendimento está em consonância com as normas internacionais, tal qual a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, em países independentes, da Organização Internacional do Trabalho, segundo a qual: “Art. 14, item 1 – Deverão ser reconhecidos os direitos de propriedade e posse dos povos em questão sobre as terras que tradicionalmente ocupam.”

A proteção da posse indígena já havia sido consolidada no Ordenamento Jurídico Brasileiro, especialmente pelos dispositivos do Estatuto do Índio, Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973:

Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra, que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

Há que se buscar os elementos caracterizadores da posse indígena no antedito instituto do indigenato, que concebe um direito inaugural dos índios às terras de ocupação tradicional. Aliado a isso, verifica-se a forma cultural dos índios se relacionarem com a terra, considerando-a como seu *habitat*. Esse é o pensamento uníssono dos pretórios a respeito do tema. Veja o que o STF pacificou nesse sentido:

VOTO: O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural e intelectual.

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos silvícolas, trata-se de *habitat* de um povo. (BRASIL, STF, 2005, p. 60)

Vislumbra-se, assim, uma intenção de dar nova roupagem à posse pelos índios em relação à mera posse civil. Dessa forma, percebe-se que a posse indígena é preliminar a qualquer outra relação jurídica. Não tem a sua proteção subordinada à existência de uma aparência com a propriedade, nem mesmo se justifica por qualquer semelhança com posse civil ou a ocupação geral. Busca-se permitir que a cultura, os costumes e a organização social dos índios estabeleçam os contornos de sua posse. Logo, por meio do modo de vida dos índios em seu *habitat*, ou seja, a tradicionalidade de sua relação com a terra, pode-se dizer que uma terra está na posse dos silvícolas.¹⁵

¹⁵ Vide o tópico 3.3, que trata sobre a tradicionalidade da ocupação da terra como forma de identificar a posse indígena.

O ordenamento jurídico brasileiro é claro ao diferenciar o instituto da posse civil em relação à posse permanente das terras ocupadas pelos índios. Sua intenção com isso foi imprimir efeitos diversos a esses institutos. Quando se referir ao âmbito indígena, a verificação da posse não será obtida a partir dos mesmos requisitos civis.

Remata-se que não se pode ficar aprisionado à concepção individualista que por muito tempo disciplinou os institutos do Direito Civil, máxime para definir os institutos aplicados aos indígenas, uma vez que estes têm nuances próprias definidas por lei e consagradas pela jurisprudência.

3.6.1 Delimitação conceitual de posse civil e de posse indígena no Direito brasileiro

O direito real mais pleno sobre um bem é a propriedade, que consiste numa relação jurídica, pela qual o dono tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa e reaver de quem injustamente a detenha. O domínio tem sua previsão e fundamento extraídos diretamente da Constituição (art. 5º, XXII, CF), cabendo a definição de seu conteúdo à legislação ordinária (art. 1.228, CC).

Com a complexidade social, para que as próprias relações de domínio viessem a ser protegidas a contento, foi imperioso que se protegesse, também, o exercício de fato de alguns dos poderes inerentes ao domínio, qual seja, a posse.

Para Clóvis Beviláqua (1956, p.29), a posse pode ser definida como: “o exercício de fato dos poderes constitutivos do domínio ou propriedade ou de algum deles somente”. Portanto, o advento da posse surge da necessidade de se proteger as relações que algumas pessoas tinham com certos bens da vida, sem que, no entanto, essas pessoas fossem as proprietárias das aludidas coisas.

Contudo, para que a relação do não proprietário com a *res* viesse a ser protegida, inclusive contra o próprio titular do domínio, seria necessário que aquele exercesse de fato algumas das prerrogativas inerentes à propriedade. Dentre essas atribuições, destaca-se a importância de conferir ao bem uma destinação produtiva adequada.

A posse indígena, a seu turno, não se equipara ao simples poder de fato que se tem sobre a coisa. É possível verificar a posse dos índios sobre determinada faixa de terra na qual inexistam traços de ocupação material e contínua, requisito que se exige para a configuração da posse civilista. As terras indígenas não são apenas aquelas onde se situam as suas

habitações e atividade produtiva atuais. Antes, também abrangem aquelas terras destinadas ao desenvolvimento das atividades culturais, religiosas, econômicas e sociais da comunidade indígena, segundo os hábitos, os costumes e as tradições de cada uma delas especificamente.

É constitucionalmente impossível se determinar uma posse indígena de acordo com os parâmetros estabelecidos na determinação da posse civil, que se identifica com os elementos da propriedade privada dos meios de produção; a posse indígena se identifica com a idéia de *habitat* de um povo, cuja organização social e etnia são diferenciadas.

3.6.2 *Origem, identificação e motivações da posse civil e da posse indígena*

Debate-se, no campo dogmático, acerca dos elementos que uma situação fática precisaria reunir para configurar uma posse e, conseqüentemente, merecer salvaguarda legal, diferenciando-se da mera detenção. Nesse diapasão, as teorias de Ihering e Savigny são as que mais influenciaram o delineamento da posse no sistema jurídico romano-germânico, embora nenhum país dessa família haja adotado uma ou outra teoria integralmente. O Brasil utilizou-se predominantemente da Teoria de Ihering, pinçando algumas notas da teoria de Savigny, para disciplinar o instituto da posse.

Segundo a teoria Subjetiva, pensada por Savigny, a situação fática que se configura em posse exige que o titular tenha o “corpus”, v.g., o contato físico com a coisa, aliado ao “animus” de ter a coisa como se fosse sua. Na tentativa de explicar a posse, distinguindo-a da mera detenção, o jurista português Menezes Cordeiro (1993, p. 387), descreve a Teoria Subjetiva:

O estado em que é possível não só exercer influência sobre uma coisa, mas também impedir toda a influência estrangeira, é a detenção. Mas a detenção só por si não pode traduzir a posse; quando muito, traduzirá um dos elementos da posse: *o corpus*...Para remover esse obstáculo, haveria que recorrer ao *animus*. Com efeito, toda a detenção para se poder modificar em posse, deve-se exercer com intenção, ou seja, para ser possuidor é preciso não só ter a detenção, mas é preciso ainda a vontade de a ter.

Malgrado a proficiência dessa doutrina, prepondera a Teoria Objetiva, cunhada por Ihering, que apregoa que a posse seria a exteriorização fática das prerrogativas da propriedade, independente do possuidor pretender ser o titular do domínio.

Nesses termos, Ascensão (2000, p.93) explica que: “A posse não tem que se traduzir em actos materiais... Mas deve ajustar-se ao que é exigido pelo fim da utilização econômica da

coisa sob o ponto de vista econômico”. Seria, portanto, suficiente o elemento *corpus* para a verificação da posse, quando ao bem se emprega uma destinação econômica compatível com a sua natureza.

Efeito da adoção da Teoria Objetiva é a possibilidade da divisão do exercício da posse. Logo, sobre um mesmo bem poderá haver a posse direta, exercida pelo nu-proprietário e a posse indireta, titularizada por quem exerce poderes de fato sobre o bem. Ademais é fixado o critério diferenciador da posse para a detenção, qual seja, nesta, ao *corpus*, soma-se uma norma com previsão de situação impeditiva da posse.

Uma vez observadas as origens do instituto da posse civil, insta assinalar a origem da posse indígena. Esta, tal como garantida nas constituições brasileiras, fundamenta-se no instituto luso-brasileiro do indigenato. Desde que os portugueses aportaram na costa brasileira, perceberam a existência dos índios e, ao longo do processo de colonização dessa terra, trataram de reconhecer formalmente¹⁶ os seus direitos de ocupação territorial. Reconheciam que os índios tinham uma espécie de direito natural sobre as terras em que habitavam; eram os primeiros e naturais senhores de tais terras, cabendo-lhes o direito de nelas permanecerem sem qualquer ameaça de esbulho ou turbação.

A posse indígena não tem relação com os sistemas de propriedade delineados pelo modo de produção capitalista ou socialista. Na ordem constitucional brasileira, a posse indígena está relacionada à idéia de *habitat* das comunidades indígenas. A forma como os índios ocupam a terra deve ser identificada de acordo com os usos, costumes e as tradições de cada comunidade específica, segundo o modo de viver de cada uma delas¹⁷. De sorte que não se vai tentar definir os elementos constitucionais que compõem a posse indígena, que definem as *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* de acordo com a visão civilizada, segundo a noção de bem-estar ocidentalizada, mas segundo o modo de viver e a cultura dos próprios índios (SILVA, 2004, p. 727).

No que pertine à identificação da posse, observa-se que, enquanto a posse civil se caracteriza como o exercício de fato, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à

¹⁶ Esse reconhecimento formal encontra-se no Alvará Régio de Dom João VI, conforme estudado no capítulo I.

¹⁷ A Constituição Federal de 1988 textualmente reconhece os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam tradicionalmente e as define como “as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, *segundo os seus usos, costumes e tradições*” (Constituição Federal de 1988, art. 231. §1º.).

propriedade¹⁸, a posse indígena se verifica pela ocupação efetiva de uma comunidade indígena, que deve ser definida segundo o trinômio antropológico: usos, costumes e tradições.

Não se deve pretender encontrar, na posse indígena, elementos relacionados à propriedade concebida nos termos civilistas. Em primeiro lugar, porque a posse dos índios sobre as suas terras não tem um conteúdo econômico imediato, tal como o que se admite quanto à posse civil; em segundo lugar, o direito dos índios sobre as suas terras não se trata de um direito individual, mas de um direito coletivo, cuja titularidade cabe à comunidade indígena como um todo.

Igualmente, não se trata de uma espécie de composses ou de um condomínio, pois a terra tradicionalmente ocupada pelos índios é de posse de toda a comunidade indígena, de maneira indivisível, cabendo a todos os seus membros o usufruto das riquezas nela existentes. A posse indígena é sobre coisa indivisa, e essa indivisão, ao contrário da composses, estabelecida pelo Código Civil Brasileiro (art.1.199), não terá termo com a manifestação da vontade individual de qualquer dos membros da comunidade indígena¹⁹.

As razões que justificam a proteção jurídica à posse civil também se diferenciam dos fundamentos que justificam proteção jurídica à posse indígena. Para Savigny, a proteção da posse civil, romanística, justifica-se como uma forma de reprimir a violência, em defesa da paz pública. A posse é protegida como uma forma de evitar a desordem; do contrário, os possuidores, na defesa dos seus interesses, recorreriam à autotutela. Já para Ihering, os sistemas jurídicos protegem a posse civil em função de ser ela um sinal evidente e expresso da propriedade. Via de regra, protege-se essa posse como uma forma imediata de se resguardar a propriedade. É certo que, por consequência, proteger-se-ão também os possuidores, que não são proprietários. (GOMES, 2001). Atualmente, segundo Menezes Cordeiro (1993, p. 609), a doutrina reconhece na posse um valor autônomo, e não um instrumento a serviço da propriedade ou em defesa da paz e segurança social.

Já a proteção jurídica que se confere à posse indígena está motivada na manutenção do *habitat* desses povos e com isso a garantia de sua continuidade existencial. A relação do índio

¹⁸ Código Civil - “Art. 1.196 – Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

¹⁹ “Para o Código Civil brasileiro não existe empecilho a que duas ou mais pessoas se tornem possuidoras de coisa indivisa, tendo cada qual uma parte ideal na mesma, podendo exercer sobre elas atos possessórios que não excluam os dos outros compossuidores. Para por fim à indivisão, basta a vontade de um só (v. art. 632)” (MIRANDA, 1993, p.12.)

com suas terras, via de regra, é mais estreita que a relação dos não-índios com as terras de sua propriedade. Nota-se que, enquanto nessa relação, em muitos casos, sobreleva-se o conteúdo patrimonial, naquela relação há um sentimento de pertença, de simbiose com a natureza, de continuidade com os ancestrais e de ligação com suas divindades. As terras que os índios ocupam e sobre as quais lhes é garantida a posse são indispensáveis ao seu desenvolvimento físico-sócio-cultural. Ademais, destaque-se a importância de se respeitar a diversidade étnica, a partir da proteção dos elementos que são caros a cada grupo humano. Logo a proteção da posse indígena contribui para manter o patrimônio étnico nacional.

Consoante o entendimento do atual Procurador-geral na Fundação Nacional do Índio, Antônio Salmeirão (2009), a proteção indígena, nos dias de hoje, deve-se, em muito, à sua fragilidade de condições frente à sociedade envolvente. No entanto, essa fragilidade não é do ponto de vista cultural indígena, mas político e econômico. Essa é a razão que se impõe um tratamento estatal diferenciado. Assim, há que se implementar ações positivo-afirmativas em pagamento a uma dívida histórica, que em muito molestou as condições de vida desse elemento formador do povo brasileiro, para que, ao fim, se preserve a riqueza cultural dos povos indígenas.

3.6.3 Natureza da posse indígena e da posse civil

Emerge da discussão acerca da posse, a importância de se precisar a sua natureza jurídica. Procura-se, com isso, estabelecer se a posse é um fato ou um direito, bem como ao considerá-la como direito, se seria um direito real ou pessoal.

A defesa da caracterização da posse como um fato, negando-se a qualidade de um direito, é defendida sob o argumento de que o elenco dos direitos reais é taxativo, ou seja, somente são assim considerados aqueles prescritos em lei. Portanto, como a posse não está inclusa no elenco normativo dos direitos reais, ela não poderia ser integrante desse segmento jurídico. Não se admitiria, portanto, que outros institutos criados pela vontade das partes fossem encampados naquela categoria. Ademais, a possibilidade de se proteger a posse injusta negaria a qualidade de direito à posse, bem como a sua sucumbência frente ao direito de propriedade nas ações petitórias.

Já para alguns juristas, como Ihering (*apud* PEREIRA, 2004, p. 23), Ascensão (2000, p. 229) e Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 23), a posse seria realmente um “direito”. Então, rebatendo-se os argumentos de que a posse seria um “fato”, entende-se que, embora a posse

tenha como fundamento uma situação fática, em certos casos, ela tem autonomia em relação a esta e, portanto, constitui-se em um fenômeno jurídico. Assim, a eventual sucumbência da posse frente à propriedade não desnaturaria sua qualificação como direito, já que, v.g., o direito do concessionário pode ser a todo o momento resolvido pela administração, mantendo o caráter de direito. Negando a natureza da posse como apenas um fato, ensina Orlando Gomes (2001, p. 145) que a proteção da posse injusta se dá devido à tentativa de se salvaguardar um potencial direito de propriedade. Valiosa é a lição de Ascensão (2000, p. 243), quanto à natureza da posse:

Os efeitos jurídicos que admitiriam ser imputados à natureza de fato da posse, são a presunção de propriedade e a usucapião. Todavia, no que respeita aos meios de tutela judicial da posse e à indenização, estes efeitos implicam necessariamente numa posse como situação jurídica e é quanto basta para que a visão da posse como um fato se revele incorreta. Porque as ações correspondem a direitos. Já que quando se dá uma sentença de deferimento se consagra um direito e não um fato. A demonstração de que pode haver posse dissociada da situação de fato, v.g., em consequência do esbulho, dá-nos a confirmação decisiva de que só uma situação jurídica é compatível com este regime, qual seja, a situação de um direito. E efetivamente, é hoje inegável que a posse subsiste mesmo dissociada da situação de fato que está na sua origem. Assim, a posse seria um direito

Assim, a parte da doutrina que defende a natureza da posse como um “direito”, entende que o reducionismo da posse a um fato não condiz com a proteção jurídica que o Ordenamento Jurídico quis conferir-lhe, porque há efeitos jurídicos reconhecidos em decorrência da posse, de modo a justificar a sua qualificação como um direito. Citam-se a tutela judicial através dos interditos, as indenizações decorrentes da turbação à posse, o direito do possuidor de boa-fé aos frutos da coisa e a possibilidade de proteção da posse mesmo quando dissociada de uma situação de fato ou em face do titular do direito de propriedade, como nos casos em que o possuidor foi esbulhado pelo dono da coisa. Nota-se que, no direito comparado, a posse tem sido considerada como um “direito”, tal qual ensina Ascensão (2000, p. 250):

Em Portugal, a qualificação legal da posse como um direito subjectivo é utilizada freqüentemente. O art. 46.º, sob a epígrafe ‘direitos reais’, determina ‘o regime da posse, propriedade e demais direitos reais’; os arts. 1275.º, 1279.º, etc. Atribuem ‘direitos’ ao possuidor; e o próprio tratamento da posse em paralelo com vários direitos reais, no Livro III, revela a intenção legal de autonomizar a figura num verdadeiro direito. Trata-se, é certo, de uma qualificação legal, que não é por si decisiva; mas as qualificações legais estabelecem uma espécie de presunção, que só deve ser afastada se houver motivo em contrário - e nós não encontramos esse motivo. No Brasil trata-se a posse com a alcunha de direito nos arts. 1214 (frutos), 1210 (ações).

Sinale-se, por fim, a reflexão de pensadores, tais como, Savigny e Orlando Gomes, que trazem a teoria de que a posse seria ao mesmo tempo um fato e um direito (GOMES, 2001, p. 140): “Savigny diz que a posse considerada em si mesma é um fato, mas considerada nos efeitos que produz – a usucapião e os interditos - é um direito”. Contudo, trata-se de um entendimento que resulta na idéia comum de que os direitos originam-se em fatos, mas só aqueles podem gerar efeitos jurídicos.

Logo, quanto à discussão da natureza da posse como um fato ou um direito (*lato sensu*), defende-se, neste estudo, que a posse tem natureza de um verdadeiro “direito” (*lato sensu*) e não de um “fato”, pois o possuidor é protegido judicialmente enquanto não lhe opuser um direito prevalente. Cita-se o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 26), que defende a posse como direito subjetivo:

Conceituamos o direito subjetivo como um poder de vontade para a satisfação de interesses humanos, em conformidade com a norma jurídica. À luz dessa noção, procedemos à caracterização da posse. Não deve perturbar a questão a circunstância de em toda posse assomar uma situação de fato, pois que numerosas relações jurídicas aparentam igualmente uma situação desta ordem, sem que se desfigurem perdendo a condição de direito. O direito de propriedade mesmo, assim como todo direito real.

Sendo considerado direito, busca-se agora saber se a posse é um direito real ou pessoal. Os direitos reais, por definição majoritária, são aqueles que disciplinam as relações entre um sujeito de direito e uma coisa, em face dos demais membros da coletividade. Caracteriza-se, portanto, por ter oponibilidade *erga omnes*, pela indeterminação daqueles que estão obrigados aos seu respeito, pela taxatividade (embora há quem defenda uma interpretação ampliativa do rol dos direitos reais), pelo direito de sequela e pela incidência em objeto determinado.

No que tange ao seu enquadramento como um direito real ou pessoal, divide-se a doutrina nesse ponto. Para Ascensão (2000, p. 256), considerando a ordem jurídica de Portugal, a posse é um direito, mas não é um real, porque não é oponível *erga omnes*, antes funciona como direito relativo. Segundo o autor, o direito real funda-se em razões absolutas, pois bastaria ao titular provar o seu direito e exigir conseqüentemente o seu reconhecimento por quem quer que seja. Continuando com as palavras do mesmo pensador:

Em Portugal, antigamente, a ação de restituição poderia ser usada em desfavor de qualquer pessoa. Agora, a ação de restituição só pode ser exercida contra o esbulhador e herdeiros, e ainda contra quem estiver na posse da coisa e tiver conhecimento do esbulho, com isto perdeu a posse a natureza de direito real. (ASCENSÃO, 2000, p. 256).

Já para Caio Mário da Silva Pereira (2004, p.30) e Orlando Gomes (2001, p. 145), a posse é um direito “real”. É o que ensina o Orlando Gomes (2001, p. 33):

O direito do possuidor se exerce erga omnes. Só os direitos reais têm essa virtude. Caracterizamos o direito real pela ação *in rem* que sempre produz, ainda assim a posse será um direito real por poder a ação de esbulho ser intentada contra qualquer terceiro.

Portanto, este trabalho adota a teoria de que a posse é um “direito real”, mesmo que não se encontre no rol do artigo que os elenca. Razão para isso, é o fato de a posse gerar uma ação e ser reconhecida em sentença, bem como, por se exercer *erga omnes*.

Nada obstante, não se mostra produtivo, em efeitos práticos, o presente embate teórico, porquanto certo é que a posse ainda que considerada enquanto situação de fato produz efeitos jurídicos e é protegida por lei, a qual o legislador, embora não a tenha incluído formalmente no rol dos direitos reais, muniu-a de proteção especial na ordem civil.²⁰

No que pertine à posse indígena, acentua-se que também constitui um direito real, pois é oponível *erga omnes*, ou seja, todas as demais pessoas devem respeitar o direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupam. Interessante notar que, verificada a ocupação tradicional dos índios sobre uma determinada área, a eles e somente a eles é dada a possibilidade de usufruir das riquezas ali existentes. Nem mesmo a União, detentora do domínio dessas terras, poderá turbar ou esbulhar os índios em suas terras que, por outra via, são inalienáveis e indisponíveis. Daí se dizer que a posse indígena dada a sua especialidade e o tratamento singular que recebe da legislação, trata-se de uma propriedade quase-plena.

3.6.4 Aquisição da posse

Em termos objetivos, adquire-se a posse, desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.204, do Código Civil Brasileiro).

Os índios têm a posse em função do indigenato - do direito originário que tem sobre as suas terras, então reconhecido pela Constituição Federal de 1988, e estudado em tópico anterior. O direito dos índios sendo originário, anterior à instituição do próprio Estado brasileiro e a todas as suas constituições, independe de qualquer ato formal que o defina e o

²⁰ Na verdade perdeu hoje importância o debate, resolvendo-se com dizer que, nascendo a posse de uma relação de fato, converte-se de pronto numa relação jurídica. (PEREIRA, 2004, p. 260)

legítima. Quando do nascimento do índio, já se adquire a posse sobre as terras que nasceu. A própria demarcação das terras, objeto da posse indígena, pelo Poder Público, não constitui o direito dos índios, tem apenas o fim de facilitar a sua proteção.²¹

Para Gilmar Ferreira Mendes (1989, p. 43), as constituições brasileiras acabaram por consagrar a ocupação indígena, nos casos das terras tradicionalmente ocupadas, como modo de aquisição originária da propriedade. É certo que essa ocupação constitui uma propriedade (das terras indígenas) para a União, já que aos índios cabe apenas à posse; embora referida posse se configure, nas palavras de Raimundo Laranjeira (1981, p. 49), como uma propriedade quase plena, dada a sua especialidade.

Ao contrário da posse civil, a posse indígena é intransferível à terceiros não-índios. Diz a Constituição Federal de 1988, art. 231, § 4º que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são inalienáveis e indisponíveis. Contudo, como aludida posse cabe aos índios e às comunidades indígenas, e a Constituição também lhes assegura a sua forma de organização social, com todos os seus signos, admite-se a transmissão desse direito ao longo das gerações indígenas.

3.6.5 Efeitos da posse indígena e da posse civil

Na forma dos arts. 1210 e seguintes do Código Civil Brasileiro, os efeitos legais da posse para o possuidor são os seguintes: o direito de ser mantido na posse no caso de turbação e de ser restituído, no caso de esbulho; o direito aos frutos percebidos e pendentes e o direito à indenização pelas benfeitorias, tudo conforme seja a posse de boa-fé ou de má-fé.²²

O principal efeito legal da posse é o direito a recorrer às ações possessórias em sua defesa. Contudo, para que se efetive a proteção possessória, através dos interditos possessórios, é fundamental a prova de que se tem a posse, no caso de turbação, ou que a detinha, no momento do esbulho.²³

²¹ Estatuto do Índio “Art. 25, *caput* - O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do art.198 da Constituição Federal, independe de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas”

²² Código Civil Brasileiro – “Art. 1201 - É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.”

²³ A doutrina, em geral, considera atos de turbação da posse aqueles que molestam o direito do possuidor sem, contudo, interromper a sua posse. Enquanto o esbulho caracteriza-se pelo ato que provoca a perda da posse do possuidor que a detinha e não mais a detém. A turbação permite a continuação da posse e o esbulho provoca a sua perda.

Outro efeito da posse civil é o direito que tem o possuidor sobre os frutos percebidos na época da posse²⁴, além do direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias que houver investido no objeto da posse. Já o possuidor de má-fé, aquele que conhece a origem viciosa de sua posse, responde pelos frutos percebidos e por aqueles que por sua culpa se deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu a má-fé. Quanto às benfeitorias, o possuidor de má-fé somente será ressarcido pelas consideradas necessárias.

A posse indígena, por sua vez, apresenta efeitos legais diferenciados. A posse indígena configurada nos ditames da Constituição Federal de 1988 deve ser assegurada permanentemente. Não se cogita a hipótese de se turbar ou esbulhar as comunidades em suas áreas de ocupação tradicional. Tais terras se destinam a servir, para sempre, como *habitat* dos grupos que nelas habitam. Nem a União, a quem cabe o domínio dessas terras, pode se arvorar do direito de restringir a posse dos índios. Este é o caso em que a posse se sobrepõe à propriedade.

O texto constitucional também assegura aos índios e às suas comunidades indígenas a sua forma específica de ocupação da terra, garantindo-lhes o usufruto exclusivo de todas as riquezas naturais ali existentes e vedando qualquer ato que tenha por objeto a sua posse, o domínio ou a ocupação. O aproveitamento dos recursos hídricos, dos potenciais energéticos, as pesquisas e a lavra das riquezas minerais existentes nas terras indígenas somente serão permitidas mediante autorização do Congresso Nacional, com a oitiva das comunidades afetadas²⁵. Reforça o Estatuto do Índio, no art. 18, que as terras indígenas não poderão ser objeto de qualquer negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios. Assim, até mesmo a União, na qualidade de proprietária dessas terras, somente tem autorização para defender, assegurar e garantir os direitos dos indígenas. A posse indígena, a que Raimundo Laranjeira atribui a qualidade de *propriedade quase-plena* (notas anteriores), funda-se no indigenato; corresponde a um direito originário sobre essas respectivas terras. De forma que o domínio da União sobre elas tem apenas o condão de melhor assegurar os interesses dos aborígenes, consubstancia-se ao que José Afonso da Silva (2004, p.726) chamou de *propriedade vinculada*.

²⁴ Código Civil Brasileiro, art. 1214 - “O possuidor de boa fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos”. Na definição de Clóvis Beviláqua: “frutos são as utilidades, que a coisa, periodicamente, produz. [...] Quando ainda unidos à coisa, que os produziu, denominam-se pendentes; depois de separados são percebidos ou colhidos;” (*apud* MIRANDA, 1993, p. 30-31).

²⁵ Constituição Federal de 1988 – “Art. 231, § 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra de 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.”

3.6.6 Perda da posse civil e da posse indígena

Nos termos da lei civil, perde-se a posse quando cessa embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1196. (art. 1223 do Código Civil Brasileiro). O abandono é uma forma voluntária de se perder a posse; o possuidor, por emanção de sua própria vontade, renuncia a sua posse. Pela tradição, o possuidor perde a coisa móvel; ocorre quando se transfere o objeto a outrem, com a intenção de transferir-lhe o domínio. Perde-se, também, a posse da coisa, quando esta for colocada fora do comércio ou no caso de desapropriação pelo Poder Público. Perde-se a coisa pela posse de outrem quando, por decurso do prazo, o possuidor deixa de reclamar contra a turbação ou o esbulho sofrido por parte de terceiro. Pelo constituto possessório, o possuidor perde a posse quando transforma em *causa detentionis* a *causa possessionis*.

O direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, ao que se denominou posse indígena, somente se perderá quando as terras objeto da posse forem definitiva e voluntariamente abandonadas pelas comunidades indígenas que nelas habitavam. Nesse caso, por proposta do órgão federal de assistência aos índios - Fundação Nacional do Índio -, e mediante ato declaratório do Poder Executivo, essas terras se reverterão à posse e ao domínio pleno da União, conforme o art. 21 do Estatuto do Índio.

Assim, é mister frisar a existência de entendimento sumulado do STF que limita a extensão das terras consideradas como posse indígena, nos seguintes termos: “Súmula nº. 650 STF: Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupados por indígenas em passado remoto.”

Extrai-se, do postulado, uma racionalização do conceito de posse indígena, sem, entretanto, diminuir a sua efetividade. Assim, ainda resguarda-se a terra em que os índios habitam de forma tradicional e exercem as suas atividades indispensáveis, mas sempre devendo persistir um requisito fático e histórico de atualidade dessa posse.

Logo, não estão alcançadas pela proteção legal aquelas terras que tiveram registro de passagem de índios, mas que, há muito tempo, não são habitat desses povos, desde que não tenham sido expulsos de forma violenta nem isso constitua um movimento migratório recente e próprio da cultura da comunidade indígena envolvida. Para José Afonso da Silva (1984, p 8), “o importante para os índios é defender a sua posse com os direitos que dela decorrem para ele, porque nisso se consubstancia o indigenato”.

Em função das garantias constitucionais à posse indígena, os índios contam com todos os remédios processuais civis para defenderem os seus direitos de posse e usufruto exclusivo das riquezas das terras que habitam. Logo, entende-se como nenhuns quaisquer títulos particulares sobre as terras indígenas, ainda que registrados, que se oponham aos direitos de posse dos índios. Preleciona Pontes de Miranda (1970, p. 457):

A ação que têm os silvícolas ou o Estado, através de algum serviço de proteção, para fazer valer o que se estatui é declaratória. Cabem, porém, se houve desapossamento, as ações de posse e a de vindicação, com a particularidade de ser pressuposto necessário e suficiente a prova da posse anterior. Outrossim, se houve transferência de tais terras, cabem as ações constitutivas negativas contra os títulos e contra os registros, invocável o art. 860 do Código Civil (ação de retificação de registro).

Os indígenas, contudo, não podem impetrar ação de reivindicação da propriedade das terras que habitam por não serem titulares do domínio dessas terras, qualidade atribuída constitucionalmente à União.

Desse modo, conclui-se que a regra geral é a posse permanente do índio sobre suas terras, ficando a perda da posse para casos excepcionais, devidamente previstos na norma jurídica. Portanto, excetuando-se as hipóteses legais e as fixadas pelo STF, deverá haver a proteção jurisdicional contra a perda da posse dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas.

Resta clara, portanto, a plena diferenciação entre posse indígena e posse civil, haja vista a exposição das características específicas daquela, bem como do seu fundamento antropológico e dos contornos históricos sobre a sua construção legislativa e constitucional. A luta pela salvaguarda da questão indígena, entretanto, persiste, razão pela qual urge desafios de construir doutrinas jurídicas que fortaleçam esses direitos, dado a sua fundamentalidade, e que os conduzam à efetividade.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL DOS ÍNDIOS À POSSE DAS SUAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS

Este capítulo se propõe a analisar a natureza das normas constitucionais que tratam dos direitos dos índios às terras tradicionalmente ocupadas. Especificamente, partir-se-á de uma construção voltada para sustentar o caráter de “direito fundamental” da posse indígena. Para isso, haverá uma breve introdução sobre o surgimento dos direitos fundamentais e sua diferenciação dos direitos humanos. Logo após, serão analisadas as características dos direitos fundamentais em geral, as consequências de se considerar um direito como tal e os conflitos aparentes de normas constitucionais. Ainda, serão demonstradas as dimensões dos direitos fundamentais e os pontos comuns de cada uma delas com o direito dos índios à posse de suas terras. Por fim, será discutida a questão da efetividade de uma norma, quando considerada como direito fundamental, dando destaque para a aplicação da posse indígena.

A atual definição dos direitos fundamentais é fruto de um longo desenvolvimento histórico. Assim, é importante um breve retrospecto para entender a formação do Estado moderno constitucional, a adoção de constituições democráticas e o reconhecimento de direitos fundamentais.

Em meados do século XV, dá-se o arrefecimento do feudalismo, modo de produção típico da Idade Média, baseado principalmente na agricultura de circulação restrita, em que grande parcela da população vivia isolada em feudos, num sistema de servidão dos camponeses aos senhores feudais. Em vista disso, com o reavivamento posterior das rotas comerciais, marcado pelo mercantilismo, favorece-se a unificação dos antigos burgos e fortalecimento dos reinos de então, dando início à formação dos Estados Modernos, marcadamente, influenciados pelas idéias de Bodin (teoria da soberania), Montesquieu (divisão de poderes), Hobbes (Leviathan), e Rousseau (contrato social). A partir daí, conforme a visão de John Gilissen (1979, p.131):

As revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) concretizam as idéias novas nos textos das constituições e de leis. Os últimos vestígios de feudalismo desaparecem,

com algumas exceções apenas; as liberdades públicas garantem direitos subjetivos aos cidadãos, livres e iguais perante o direito; a soberania passa das mãos dos reis e dos príncipes para a Nação; a unificação do direito prossegue no quadro estatal. Cada Estado soberano tem o seu próprio direito, fixado por órgãos legislativos; a lei torna-se, quase por toda parte, a fonte principal do direito.

Assim, inicia-se o surgimento dos “Estados constitucionais” que se confunde, na sua origem, com o advento do Estado Liberal e é pautado pela adoção de constituições escritas¹ que preveem a indicação da forma de governo, a tripartição de poderes e os direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2001)

Observa-se que essas diretrizes passam a ser seguidas nas constituições de grande parte dos países. Em todos eles, ressaltava-se a superioridade hierárquica e a influência das constituições sobre o restante do Ordenamento jurídico². Começava a surgir o contexto ideal para uma maior aplicabilidade das constituições. Assim, nos últimos tempos, nota-se que as constituições passaram a ter um papel ainda maior nas ordens jurídicas nacionais. Foram ultrapassadas as concepções atécnicas de que a CF seria um mero documento de declaração de intenções ou direcionada apenas aos entes públicos. Portanto, passa-se a atribuir maior aplicabilidade às normas constitucionais, v.g., elas podem combater a validade das normas infraconstitucionais com ela incompatíveis, tal qual já afirmava Kelsen, bem como tem sido empregadas diretamente na resolução de conflitos interpessoais.

Logo, a partir da aplicação direta das normas constitucionais às relações intersubjetivas, bem como da possibilidade de conflito³ entre os dispositivos constitucionais, passou-se a indagar, também, sobre uma potencial superioridade de alguns dispositivos constitucionais em face de outros. A maioria da doutrina entende que todas as normas constitucionais têm igual hierarquia (LOPES, 2001, p. 173). Admite-se, com mais frequência, apenas a superioridade das normas decorrentes do poder constituinte originário sobre as emanadas do poder constituinte derivado. Contudo, excepcionalmente, haverá a possibilidade de uma norma constitucional se sobrepor a outra, o que se daria apenas em face de um caso concreto, sem que isso configure a superioridade de uma norma constitucional, em tese.

¹ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, França, 1789: “Art. 16 – “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição.”

² Nesse sentido, acrescenta Carlos Ari Sundfeld (2000, p.40), que as relações entre Estado e indivíduo durante o Estado constitucional moderno passam a ser regidas pelos seguintes pressupostos: “**(a) a supremacia da Constituição;** (b) a separação de poderes; (c) a superioridade da lei; e (d) a garantia dos direitos individuais.” (grifo proposital)

³ O estudo sobre o conflito aparente de normas constitucionais no caso concreto e a utilização do princípio da ponderação será estudado mais adiante, neste Capítulo.

Mesmo assim, é valoroso observar que os dispositivos previstos na Constituição Federal, como direitos fundamentais, possuem prerrogativas maiores dentro do sistema constitucional. Assim, quando uma norma da CF é considerada “direito fundamental”, passa a ser considerada de aplicabilidade imediata e eficácia plena (art. 5º, §2º, CF); é havida como cláusula pétrea, impossibilitando a sua revogação pelo poder constituinte derivado (art. 60, §4º, CF); e assim recebe o mesmo tratamento dos demais direitos do art. 5º da CF⁴. Por sua importância, os caros valores de justiça essenciais às relações existenciais e ao respeito à pessoa que são conformados no arcabouço principiológico da Constituição são percebidos em sua fundamentalidade, sendo a eles atribuída a classificação de “direito fundamental”, com todas aquelas características essenciais.

Portanto, tendo em vista que os direitos fundamentais possuem maiores garantias no contexto constitucional, defender-se-á, no presente estudo, a hipótese de que o direito dos índios à posse de suas terras faz parte desse grupo. Com isso, se pretende conferir maior logística ao dispositivo previsto no art. 231 da CF, que trata sobre a posse dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas e, com isso, fazer frente ao direito fundamental de propriedade civil dos não índios.⁵

4.1 Da fundamentalidade do direito dos índios sobre a posse das terras tradicionalmente ocupadas

É possível a admissão da fundamentalidade da posse dos índios sobre suas terras, ainda que não haja previsão expressa no rol dos direitos fundamentais, consignado no artigo 5º (quinto) da Constituição Federal⁶. Destarte, a Constituição Federal não restringe a exclusividade da enumeração dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira ao seu art. 5º, posto que essa classe de direitos não forma um sistema fechado e autônomo⁷. O próprio texto constitucional apresenta uma norma de extensão que permite a ampliação do elenco desses direitos fundamentais. Trata-se do art. 5º, §2º, CF, que proclama: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

⁴ Será feito adiante, o detalhamento sobre as prerrogativas especiais dos direitos fundamentais.

⁵ Os conflitos próprios do constitucionalismo contemporâneo ocorrem frequentemente entre direitos fundamentais justamente porque não é possível hierarquizá-los em abstrato, dada a sua fundamentalidade. (BARCELLOS, 2006, p. 39)

⁶ Prefere-se não adentrar, por não ser objeto desta pesquisa, na discussão sobre se os direitos fundamentais estão previstos somente no art. 5º da CF, posição da maioria da doutrina, ou se abrange todos os dispositivos do título II da CF, arts. 5º a 17, como defende Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 210 a 250). Contudo, para fins desse trabalho, passar-se-á a mencionar somente ao art. 5º da CF para se referir ao elenco dos direitos fundamentais.

⁷ Entendimento comungado por Hesse, Stern e Canotilho, apontado na obra de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 84-87).

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, a fundamentalidade do direito dos índios sobre a posse de suas terras, nos termos do art. 5º, §2º, CF pode se justificar tanto por decorrência de tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja parte; quanto por decorrência do regime e dos princípios adotados pela CF 88. (SARLET, 2007, p. 68)

4.1.1 Tratados internacionais de direitos humanos e a posse indígena

Antes de abordar o tema sugerido no tópico, importa estabelecer a diferença entre os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Os direitos humanos estão previstos na ordem jurídica internacional. Dizem respeito, via de regra, aos valores de liberdade e igualdade, ou seja, prerrogativas imprescindíveis para salvaguardar as potencialidades da humanidade e potencializar uma vida digna. (BOBBIO, 1992, p. 53)

É importante salientar que a previsão de direitos ao homem já existia antes do Estado Moderno, cita-se a Carta de João sem Terra, cunhada na Inglaterra, em 1215, que assegurava os direitos de propriedade para os senhores feudais. Contudo, para Paulo Bonavides (2001), foi na Revolução Francesa o momento da universalização dos direitos do homem, ou seja, deixaram de ser considerados como pertencentes apenas a uma determinada classe social para abranger o homem em si. Logo, mesmo que ainda se verifique uma grande segregação, a partir da Idade Moderna, os direitos humanos vieram a ter uma maior disseminação entre a massa da população e a se difundir pelo mundo.

Quando se fala na disseminação dos direitos do homem, não se pretende afirmar que todos os homens gozam desses direitos, independentemente do local e do período temporal em que se encontre. Assim, esse estudo segue a teoria da “historicidade” dos direitos humanos, pela qual, embora se almeje a sua internacionalização, eles são variáveis no tempo e no espaço. Basta observar a transformação dos direitos humanos nos últimos séculos, que vêm se expandindo e consolidando de acordo com a mudança dos momentos históricos, de valores, das transformações técnicas e culturais (COMPARATO, 2001, p. 87).

Disso decorre a conclusão de que os direitos humanos não foram gestados em uma única ocasião. São frutos de conquistas históricas, marcadas por muitas lutas, não raro,

permeadas por dores e sofrimentos. Foram se destacando em determinadas épocas, de forma gradual, com cada realidade histórica. Nesse sentido, basta lembrar que a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores (BOBBIO, 1992, p. 84).

Assemelham-se, nesses pontos, os direitos humanos e os direitos fundamentais. Ora, os direitos fundamentais também são direitos decorrentes da dignidade humana, contudo a grande diferença é que estes somente abrangem aqueles previstos no sistema constitucional de cada país⁸. No entendimento de Paulo Bonavides (1996, p. 22-23), apenas seria cabível falar sobre direitos fundamentais constitucionais quando se tem como objeto os direitos positivados na Constituição. Segundo ele:

Do ponto de vista formal, podem ser designados como direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem os seus direitos fundamentais específicos.

No mesmo sentido, Cruz Villanon (apud CANOTILHO, 1998, p. 497) ratifica: “sem esta positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional”. Portanto, o principal ponto de diferença entre os direitos humanos e fundamentais é a previsão constitucional destes últimos.

Alguns autores,⁹ como Marcelo Campos Galuppo (2003, p. 235), entende que os direitos fundamentais importam a constitucionalização dos direitos humanos que obtiveram maior justificação durante a história. Nada obstante, embora os direitos fundamentais coincidam em grande parte com os direitos humanos, não é correto entender que os direitos fundamentais de um país decorram exclusivamente da positivação de determinados direitos

⁸ Conforme já mencionado neste Capítulo, também são considerados direitos fundamentais aqueles que, mesmo não expressos na Constituição, são decorrentes de tratados internacionais e do regime e princípios constitucionais, conforme o art. 5º, § 2º, CF. Portanto, quando se utiliza da assertiva simplificada de que os direitos fundamentais são aqueles que estão positivados na Constituição, na verdade se está querendo dizer que serão direitos fundamentais os que se inserem no sistema constitucional de cada país, afirmação essa mais cônsona com o sistema constitucional aberto brasileiro.

⁹ Habermas se limita a dar uma justificação filosófica aos direitos fundamentais, ou seja, os Direitos Humanos, que foram adotados por determinado ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. Isso é péssimo para os indivíduos de inúmeros Estados do planeta que não possuem garantias jurídicas mínimas. (DELGADO, 2002, p. 59).

humanos internacionais. Assim mesmo que se admita que os direitos fundamentais de uma Constituição possam inspirar-se, em parte, nos direitos humanos, deve ser reconhecida a construção nacional dos direitos fundamentais, sem que estejam necessariamente previstos dentre os direitos humanos. Importante citar a lição de Perez Luño (1986, p. 59) a respeito: *“Será la praxis concreta de los hombres, que son quienes a la postre sufren o se benefician de esos derechos, y quienes con sus comportamientos contribuyen a formalos en cada situación histórica, la pauta orientadora de su significación.”*

Logo, os direitos fundamentais de um país, embora muitas vezes se inspirem nos direitos humanos internacionais, tem sua origem também relacionada às condições da realidade que os subjazem, sendo fruto de um contexto histórico-econômico-social.

Apresentada, brevemente, a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, passa-se, agora, a apreciar o primeiro aspecto da cláusula constitucional de abertura dos direitos fundamentais, prevista no art. 5º, §2º, CF, que traz a possibilidade de considerar-se um direito como fundamental, baseado na sua previsão em tratados de direito internacional sobre direitos humanos em que o Brasil seja signatário. Especificamente, cita-se, aqui, a inclusão do direito dos índios sobre suas terras no rol dos direitos fundamentais.

Ora, se o direito dos índios sobre suas terras está contemplado em vários documentos internacionais de declaração de direitos, pode-se, então, considerá-lo como um direito humano, sustentando a legitimidade e a repercussão desse direito no cenário internacional. Destaca-se, para fins deste estudo, a Convenção 169/89 da OIT¹⁰, aprovada pelo Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004. Nesse contexto, cumpre analisar o *status* que essa convenção sobre direitos indígenas possui no Ordenamento brasileiro, ou seja, se possui natureza de lei ordinária, de emenda constitucional ou outro nível normativo. Assim, seria possível inferir se a posse indígena poderia ser considerada um direito constitucional fundamental por estar previsto nessa Convenção.

Antigamente, a maioria da doutrina e o Supremo Tribunal Federal (STF) entendiam que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, ainda que versassem sobre direitos humanos, ingressavam no ordenamento jurídico pátrio como norma infraconstitucional. Portanto, teriam o mesmo tratamento de uma lei ordinária. (ALBUQUERQUE, 2010, p. 01)

¹⁰ A Convenção 169/89 já foi estudada no Capítulo 1 dessa dissertação, no tópico 1.2.2.5, a que se remete o leitor para maiores detalhes.

Contudo, doutrinadores, como Flávia Piovesan, Luiz Flávio Gomes e Cançado Trindade (2003, p. 70), já entendiam que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, desde que verssem sobre direitos humanos, seriam substancialmente constitucionais. Para Sarlet (2007, p. 141), o objetivo da Constituição Federal é de:

[...] ampliar e completar o catálogo dos direitos fundamentais, integrando, além disso, a ordem constitucional interna com a comunidade internacional cada vez mais marcada pela interdependência entre os Estados e pela superação da tradicional concepção da soberania estatal.

Dessa forma, os autores acima entendem que, mais do que o zelo inabalável pela soberania nacional, deve-se dar preferência aos mecanismos que propiciem à proteção dos direitos humanos.

Para tentar estabelecer uma regra sobre o assunto, a Emenda Constitucional nº 45/2004, acresceu o §3º ao art. 5º da CF, dispondo que, para um tratado internacional de direitos humanos ter *status* de norma constitucional, seria necessário o mesmo procedimento de aprovação de uma emenda constitucional, qual seja, deveria ser aprovado em dois turnos por ambas as Casas do Congresso Nacional e com três quintos dos votos dos seus membros.

Nada obstante, a atual posição do STF, consoante teoria sustentada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no RE 466.343-SP, defende que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo Brasil, mas sem o rito das emendas constitucionais, “seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade”. Assim, esses tratados estariam em uma posição intermediária entre a Constituição e as leis ordinárias.

Esse julgamento, que tratava de uma prisão de depositário infiel, tinha como objeto mediato a discussão da impositividade do Pacto de São José da Costa Rica (PSJCR) no Ordenamento brasileiro. Destarte, este documento internacional prevê a impossibilidade da prisão do depositário infiel, no que se confronta com a Constituição brasileira. Contudo, a partir do julgamento do STF, acolheu-se o direito previsto pelo PSJCR, ficando impedida a prisão, outrora permitida pela CF.

Nota-se que o STF, para não contradizer a previsão constitucional do §3º, art. 5º da CF, que prevê procedimento especial de ratificação de normas internacionais, não considerou formalmente o PSJCR como uma emenda constitucional. Em vez disso, preferiu criar o caráter de “supralegalidade” para uma norma. Contudo, no final, deu-lhe os mesmos efeitos

práticos de uma emenda, posto que foi modificado o entendimento previsto na CF e foi considerado um novo direito fundamental na ordem jurídica nacional, qual seja, o da impossibilidade de prisão do depositário infiel.

Dentro desse raciocínio de conferir eficácia a um dispositivo de direitos humanos dentro do território nacional, urge que também se considerem os direitos indígenas previstos na Convenção 169 da OIT como direitos fundamentais na Constituição Federal, haja vista a sua constante violação em face do direito fundamental de propriedade. Segundo Piovesan (2006, p.27), “o processo de violação dos direitos humanos alcança prioritariamente os grupos sociais vulneráveis, como as mulheres, as populações afrodescendentes e os povos indígenas.”

Dessa forma, atenta-se que a Convenção 169 da OIT e o PSJCR têm o mesmo nível hierárquico normativo dentro do Ordenamento brasileiro, pois ambos, por terem sido ratificadas antes da Emenda Constitucional 45/04, não tiveram o rito especial similar aos das emendas constitucionais em sua aprovação. Assim é possível aplicar à Convenção 169 da OIT o mesmo entendimento do STF sobre o PSJCR que inseriu um novo direito fundamental no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, pelo entendimento do STF sobre o art. 5º, § 3º, CF, ainda que não se considere a Convenção 169 da OIT, formalmente, como uma emenda constitucional, também não haveria de ingressar no Ordenamento jurídico brasileiro como uma mera lei ordinária, mas sim com “status” de supralegalidade. Disso resultam os mesmos efeitos práticos de uma emenda constitucional, já que poderia alterar a aplicação da Constituição.

A partir desse raciocínio, agrega-se que é possível a defesa da fundamentalidade do direito dos índios sobre suas terras com fundamento na parte do art. 5º, § 2º, CF, que dispõe que as normas sobre direitos humanos previstas em tratados internacionais de que o Brasil faz parte terão “status” de direito fundamental. Destarte, a Convenção 169 da OIT versa sobre direitos humanos, tem um caráter de supralegalidade no Ordenamento pátrio, pode modificar a aplicação da Constituição Federal e, portanto, conduzir dispositivos considerados direitos fundamentais.

4.1.2 Posse indígena como direito fundamental decorrente do regime e dos princípios adotados pela CF 88 – Características

Atenta-se, igualmente, que ainda será possível a defesa da fundamentalidade do direito dos índios sobre a posse de suas terras com esteio na primeira parte do art. 5º, §2º, CF, que

contem a previsão de que um direito também poderá ser considerado fundamental se “decorrente do regime e dos princípios por ela adotados.”

O art. 5º, §2º, da CF permite concluir que existe, no Brasil, um sistema aberto e flexível de direitos fundamentais (TRINDADE, 2003, p. 512). A doutrina costuma chamar de direitos fundamentais “materiais” esses novos direitos decorrentes do regime e princípios adotados pela CF, bem como dos tratados internacionais que o Brasil seja parte. A respeito disso, é esclarecedor o entendimento de Ana Maria D’Ávila Lopes (2008, p. 03):

Com efeito, o art. 5º, § 2º, estabelece que são direitos fundamentais os que se encontram expressos no texto constitucional sem restringir, desse modo, sua existência apenas aos elencados no Título II (‘Dos direitos e garantias fundamentais’)[...]Constata-se, desse modo, a existência na ordem constitucional de diversos direitos fundamentais estando, alguns deles, dirigidos a proteger de forma geral a dignidade humana de todos os brasileiros e estrangeiros (*caput*, art. 5), e outros, direcionados especificamente a determinados grupos minoritários (mulheres, portadores de necessidades especiais, idosos, crianças e adolescentes, etc., citando-se, dentre eles, as comunidades indígenas). (grifo proposital).

Assim, é possível que se considere a fundamentalidade de normas constitucionais mesmo que formalmente se encontrem em outros artigos ou mesmo fora da Constituição Federal¹¹. Como assinala Jorge Miranda (1988, p. 12), em nota sobre a cláusula de abertura, semelhante nas Constituições Americana e Portuguesa:

[...] pode acrescentar-se que, indiretamente, a Constituição - a americana, como a portuguesa - os prevê é porque adere a uma ordem de valores (ou ela própria encarna certos valores) que ultrapassem as disposições dependentes da capacidade ou da vontade do legislador constituinte; é porque a enumeração constitucional, em vez de restringir, abre para outros direitos – já existentes ou não – que não ficam à mercê do poder político.

Logo, para a consideração da fundamentalidade de uma norma, o aplicador do direito não pode ficar cingido às questões formais de localização topográfica, muito menos, pode ficar preso ao momento histórico da edição da norma. Portanto, se há uma evolução do pensamento popular e jurídico, deve haver uma interpretação que produza maiores efeitos à Constituição Federal, no presente caso, a partir da consideração de um determinado dispositivo como direito fundamental.

Assim, também sustentar-se-á a fundamentalidade do direito indígena à posse das terras tradicionalmente ocupadas, demonstrando que decorre do regime e dos princípios adotados

¹¹ Alexy (2001, p.70), corrobora esse entendimento, ao afirmar que: “*las normas de derecho fundamental pueden, por ello, dividirse en dos grupos: en las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscriptas.*”

pela Constituição, ou seja, que se inspira no princípio da dignidade da pessoa humana e no regime democrático; equivale a um princípio jurídico e compara-se com os demais direitos fundamentais constitucionais.¹²

4.1.2.1 Posse indígena como decorrência da dignidade da pessoa humana

Os direitos fundamentais têm direta imbricação com o princípio da dignidade da pessoa humana, dele retirando seu fundamento. Buscam gerar e cultivar os pressupostos basilares de uma vida na liberdade e na justiça. Na lição de Fernando Ferreira dos Santos (1999, p. 97),:

A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a ‘fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais’, a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais, o ‘valor que atrai a realização dos direitos fundamentais’.

Dessa forma, salienta-se a importância de se considerar a dignidade da pessoa humana como fundamento para os direitos fundamentais, posto constituir-se como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no Título I da CF 88¹³. Nesse sentido, comenta José Afonso da Silva (2000, p.147):

A eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspira a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Portanto não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí a sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

Compreendida, assim, a eminência da dignidade da pessoa humana no Ordenamento jurídico brasileiro, como princípio fundamental da República e como base para os direitos fundamentais, tem-se o ponto de partida para estabelecer os seus contornos.

Sem ter a pretensão de se estabelecer uma definição absoluta para a dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) explica que esse princípio não pode ser conceituado de maneira estática. O estabelecimento de rígidos contornos conceituais não se harmonizaria com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual seria mais correto afirmar-se que, também aqui,

¹² Este estudo não tem como fim exaurir as características dos direitos fundamentais trazidas pela doutrina, senão citar algumas delas, que são consideradas importantes para a compreensão inicial sobre o tema.

¹³ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.”

se teria um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Contudo, na intenção de oferecer elementos para a uma melhor compreensão, Sarlet conclui que:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as *condições existenciais mínimas* para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60)

Observa-se que, na tentativa de se conceber um conceito de dignidade da pessoa humana, é mais fácil imaginar situações em que a dignidade não se verifica para, de uma forma inversa, compreender as condições mínimas necessárias para a sua realização. Nesse sentido, ensina Carmem Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 60):

E a dignidade da vida fez-se direito. A própria vida tornara-se conteúdo fundamental dos ordenamentos jurídicos no Estado Moderno. Percebe-se que não basta o viver-existir. Há que se assegurar que a vida seja experimentada em sua dimensão digna, entendida como qualidade inerente à condição do homem em sua aventura universal. Assim, o que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.

Logo, sem a pretensão de exaurir todas as situações, entende-se que inexistirá dignidade sem o gozo das mínimas condições de liberdade de ir e vir, pensar ou tomar as decisões de seu destino, bem como quando não se tem uma alimentação adequada, o acesso à educação básica, à saúde, ao transporte. Igualmente, inexistirá dignidade da pessoa humana quando se desprezam as primárias noções de igualdade e submetem os indivíduos a constrangimentos por razões de discriminação de cor, sexo, orientação sexual, idade e **etnia**. Então, pode-se intuir que, via de regra, haverá o respeito à dignidade da pessoa humana naquelas situações em que os indivíduos gozem dos elementos presentes nos direitos fundamentais.

Trazendo essa idéia para a seara indígena, verifica-se que a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios facilita aos seus membros a efetiva realização dos demais direitos. Dentre eles, cita-se o exemplo de determinadas comunidades indígenas brasileiras que, por possuírem a posse permanente sobre tais áreas, conseguem cultivar a terra sob a forma de agricultura de subsistência para extrair seu alimento, podem morar conforme seus padrões e ainda empregar as ervas medicinais para a sua saúde, enfim, ter uma forma de

vida, de certo modo, semelhante a de seus antepassados e fiel às suas tradições, conforme seu ideal de dignidade.

Ademais, mesmo nas comunidades indígenas com maior contato com a sociedade não-índia, observa-se que a convivência em torno da terra tradicional ainda assim facilita a transmissão da educação nativa a seus descendentes, além da preservação da sua cultura e de seus costumes.

Logo, privar os índios da posse de suas terras poderá comprometer a dignidade das suas vidas em muitos aspectos. Daí, é possível entrever na posse indígena um direito fundamental, posto que um dispositivo será assim considerado quando garantir uma situação sem a qual estará comprometida a vida digna dos envolvidos.¹⁴

4.1.2.2 Posse indígena como decorrência do regime democrático

Continuando a qualificação da posse indígena como um direito fundamental, passa-se à análise de mais uma nuance, qual seja, a sua decorrência do regime democrático. A opção do Brasil por um regime democrático é extraída do art. 1º da CF, que apregoa que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Em linhas gerais, democracia é o regime governamental em que o poder político é exercido pelo povo, direta ou indiretamente. Hoje a democracia desenvolve-se para além da idéia de maioria, mas na busca do consenso, à luz dos direitos humanos (COMPARATO, 2001). A idéia de Assim sendo, espera-se que um estado democrático preveja direitos fundamentais para a proteção do povo que o legitima, tais como a promoção da posse indígena. Nota-se que há uma estreita correlação entre os direitos fundamentais e o nível de democracia de um Estado. Importante citar a lição de Jorge Miranda (1988, p.08):

Não há direitos fundamentais sem reconhecimento de uma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político, e não há direitos fundamentais em Estados Totalitários. Afirma, ainda, o citado autor que não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, beneficiando-se de um estatuto comum e não separadas em razão de grupos ou das condições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada.

¹⁴ Por sua vez, passando a centrar a nossa atenção na dignidade da pessoa humana, desde logo há de se destacar que a íntima e, por assim dizer, indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo. (SARLET, 2007, p. 26)

Compreende-se que a democracia é o grande motor para o estabelecimento e o gozo, de fato, dos direitos fundamentais. Logo, geralmente, o quanto maior for o grau de democracia de um país, tanto maior será a promoção dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais em um país democrático servirão como um núcleo intangível em cada Constituição para garantia das condições mínimas de convívio entre os particulares e o Estado. Nesse campo, vicejará as bases democráticas na condução dos destinos da nação. É o que ensina Ana Paula Barcellos (2006, p.39):

Os direitos fundamentais formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para um procedimento de deliberação democrática.

Assim, os direitos fundamentais têm a possibilidade, dentre outras, de demonstrar a forma como cada Estado pretende se relacionar com os indivíduos. Trata-se de uma decisão basilar do Estado sobre como realizar as suas atividades e políticas públicas, em respeito a cada pessoa e camada da sociedade, bem como a convivência com as minorias.

Observa-se na CF, a previsão de normas destinadas à proteção dos mais variados interesses nacionais. Da mesma sorte, foi promovido constitucionalmente o direito dos índios sobre suas terras, para a salvaguarda dos povos indígenas, com base no multiculturalismo e na pluriétnicidade.¹⁵ Ressalta-se a lição de Marcel Linhares (2001, p.219):

É característica dos Estados efetivamente democráticos a tutela dos interesses relativos aos diversos segmentos sociais que o compõem. Por isso, os ordenamentos jurídicos inerentes às sociedades pluralistas não se resumem ao reconhecimento apenas de valores defendidos apenas por um determinado grupo de interesses: ao revés, refletem a complexidade das mais diversas aspirações do todo o corpo social.

Em vista disso, destaca-se que a proteção da posse indígena pela CF não se constitui apenas como mais um dispositivo constitucional para as relações interpessoais, antes, trata-se de uma decisão estatal de proteger a minoria indígena a fim de se legitimar o estado democrático. Nessa perspectiva, observa-se que os direitos fundamentais legitimam o poder jurídico-estatal, conforme se depreende dos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 539):

¹⁵ Os exemplos de sociedades multiculturais demonstram que uma cultura política sobre a qual estão enraizados princípios constitucionais não tem de modo algum que estar baseada no fato de todos os cidadãos partilharem uma língua comum ou a mesma origem étnica ou cultural. Ao invés, a cultura política deve servir de determinador político para um patriotismo constitucional que simultaneamente aguça uma consciência da multiplicidade e integridade das diferentes formas de vida que coexistem numa diferente sociedade multicultural. (HABERMANS, 1995, p. 264)

Os direitos fundamentais propiciam ao cidadão não só se identificarem como destinatários da ordem jurídica, mas também como co-autores dessa mesma ordem, pois de um lado existem os direitos fundamentais que garantem o exercício da autonomia privada dos sujeitos e, de outro, aqueles que garantem a participação dos sujeitos no processo de produção do ordenamento jurídico, tais como os direitos fundamentais de exercício de uma autonomia política a partir da qual o direito legítimo é criado.

Portanto, os direitos fundamentais que garantem a participação popular no procedimento de construção das normas tornam o sistema mais legítimo, porque faz nascer nos destinatários da norma a idéia de pertencimento ao sistema e o dever de colaboração. Daí a importância da consulta aos povos indígenas no momento de elaboração dos seus direitos e deveres.

4.1.2.3 Posse indígena como princípio jurídico

Passando-se para uma outra característica importante dos direitos fundamentais, vale lembrar que eles, via de regra, assumem natureza de “princípio” (Branco, 2000, p. 182). Assim, distingue-se das demais “regras” previstas na Constituição Federal. A definição de princípio é explicitada por Celso Bandeira de Mello (1992, p.408):

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Logo, num primeiro momento, os princípios eram considerados apenas como aquelas normas que expressavam o fundamento do sistema de direitos, serviam de justificção para as demais regras e davam harmonia ao sistema. Paulo Bonavides (2008, p. 266) ensina que o ideário de se franquear força normativa aos princípios é algo novo e que sofreu longo processo evolutivo.¹⁶

Para entender a importância de se considerar as normas que veiculam os “direitos fundamentais” como princípios, é necessário conceber a força normativa destes e a sua distinção das regras.

¹⁶ Na fase jusnaturalista, os princípios eram vistos somente como a fonte de onde se originavam as regras. Já na fase positivista, os princípios passaram a constar nos Códigos e tinham aplicação subsidiária. Nos últimos anos do século XX, num momento pós-positivista, o autor observa que: “As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidas em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 2008, 266).

A dogmática constitucional contemporânea considera a Constituição como um sistema normativo aberto de regras e princípios. Seguindo-se essa linha de raciocínio, J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 67) explica:

O sistema jurídico do Estado Democrático Português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. [...] Sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, (Caliess) traduzida na capacidade e disponibilidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’. É sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem se revelar sob a forma de *princípios*, como sob a sua forma de *regras*.

Nesses termos, o Direito Constitucional, como um sistema normativo aberto, é passível de complementações pela dinâmica social. Isso possibilita que se busque na norma uma resposta sempre atualizada em face das demandas modernas. Dessa forma, o sistema constitucional permite seu preenchimento por valores jurídicos que estão além do direito positivo e que devem trazer a possibilidade de realização dos direitos fundamentais e dos ideais de justiça. Assim, um “constitucionalismo adequado” será aquele em que seu arcabouço normativo apresenta aplicabilidade através tanto de regras quanto de princípios, pois um sistema composto apenas de regras o tornaria incompleto e engessado. De outro lado, um sistema exclusivamente de princípios o faria carecer de segurança jurídica. (CANOTILHO, 1998, p. 68)

Atualmente os princípios são enxergados com força normativa dentro do ordenamento jurídico. Leciona Alexy (2001, p.163) que: “Tanto as regras, quanto os princípios podem conceber-se como normas. Em tal caso, o que se trata é de uma distinção dentro da classe das normas.” O atual *status* de norma jurídica dos princípios foi importante para que eles adquirissem aplicação direta e respeitabilidade.

A diferença entre princípios e regras reside além do fato daqueles serem o fundamento destas. Atualmente, o traço distintivo de maior destaque é o fato de que, na resolução de um conflito entre regras, uma perecerá ante a validade da outra¹⁷. Já nos conflitos entre princípios, a solução não segue a lógica do *tudo ou nada*. A apreciação em cada caso concreto informará o princípio prevalente, sem a desconsideração total do princípio vencido. Nesse norte, Dworkin (2002, p. 74) orienta:

¹⁷ Há na Constituição Federal normas que visam estabelecer “regras” para cada caso concreto. Cita-se, os exemplos do procedimento de elaboração da lei ordinária, da composição dos tribunais superiores, dentre outros. Nesses casos, ou a hipótese subsume-se ao comando e daí este é aplicado, ou então não há sua aplicação ao caso concreto.

A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. [...] As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribuiu para a decisão. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se entrecruzam, aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um.

Assim, no caso concreto em que se vislumbre um conflito aparente de princípios, prevalecerá algum deles, sempre respeitando o espaço mínimo dos demais, em perfeita convivência.

Considerando que os direitos fundamentais se apresentam, via de regra, sobre a forma de princípios, eventual conflito entre eles, demandará uma interpretação apta à ponderação, pois tais direitos não se articulam pela primazia abstrata de uns sobre os outros.¹⁸ Eventual tensão entre princípios condutores de direitos fundamentais somente se resolverá pela técnica interpretativa no âmbito do caso concreto.

Feito esse ligeiro apanhado sobre os princípios jurídicos, é possível, a partir de agora, desenvolver a hipótese de que o art. 231 da CF, que encarta a o direito dos índios sobre a posse das terras tradicionalmente ocupadas, tratando-se de um verdadeiro princípio constitucional.

A hipótese de posse indígena como princípio jurídico é fundamentada a partir do cotejo do art. 231, CF com as características gerais dos princípios vistas até aqui. Ora esse dispositivo traz o fundamento e parâmetro interpretativo para todas as demais regras previstas nos parágrafos desse artigo, quais sejam, os dispositivos que especificam sobre a impossibilidade de remoção dos índios dessas terras, art. 231, § 5º, CF; sobre a nulidade dos títulos particulares sobre essas terras, art. 231, § 6º, primeira parte, CF; sobre as indenizações pelas benfeitorias dos particulares de boa-fé, art. 231, § 6º, última parte, CF; dentre outras. E ainda justifica as regras previstas na legislação infraconstitucional, v.g., o Estatuto do Índio estabelecido pela Lei 6.001/73, naquilo que foi recepcionado pela CF 88.

Ademais, tal qual nos conflitos entre os princípios, verifica-se também, na colisão entre o direito dos índios sobre suas terras e o direito dos particulares sobre a propriedade da

¹⁸ Habermans e Günther (seguindo a orientação de Dworking) também concordam com a força normativa dos princípios. Contudo, não o fazem nos mesmos termos da teoria de Alexy. A diferença reside no momento de tensão entre os princípios a fim de se alcançar a 'integridade' do sistema. Pois Alexy entende que aí deve ser utilizado o critério da preferibilidade. Nesse ponto, discorda Habermans, pois diz que tal critério só é aplicável à valores. Logo, no campo normativo, não deve ser utilizada uma gradação, mas uma cessão, no caso concreto, de um princípio perante outro. Esse processo é chamado de adequabilidade (GALUPPO, 1999, p. 196, 200 e 203.)

mesma área, que o legislador trouxe medidas paliativas para não desnaturar nenhum dos direitos fundamentais em jogo. No caso, previu a indenização pelas benfeitorias de boa-fé na área, art. 231, § 6º, CF, bem como determinou que fossem levadas em consideração o desenvolvimento histórico e fático no momento de demarcação das terras indígenas, art. 25 da Lei 6.001/ 73. Ainda possibilita-se, para os casos extremos, a utilização do princípio da proporcionalidade.¹⁹

Essa idéia também encontra esteio em diversas obras de Gilmar Ferreira Mendes (1988, p. 70), segundo a qual, “os dispositivos constitucionais sobre a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios explicitam princípios integrantes do Direito Constitucional positivo, desde, pelo menos, 1934”. Em outro documento, continua o autor:

Sem embargo da relevância de eventuais objeções que podem ser levantadas contra a posse indígena, não se há de perder de vista que a proteção, que constitucionalmente se lhe empresta, vem da Carta Magna de 1934 (art.129), configurando, sem dúvida, princípio já tradicional do Direito Público Brasileiro (Carta de 1937, art.157; Constituição de 1946, art.216; Constituição de 1967, art.186; Constituição de 1969 (Emenda n.º. 1), art. 198). (MENDES, 1989, p. 51)

Logo, percebe-se que a proteção da posse das terras indígenas na titularidade destes representa um ideário há muito consagrado no Ordenamento nacional, que a tradição já consagra como um verdadeiro princípio jurídico dentre as constituições brasileiras.

Portanto, seguindo a linha de pensamento de considerar o direito dos índios sobre suas terras como um princípio, corrobora-se com mais um elemento para a sua visão como um direito fundamental.

4.1.2.4 Posse indígena e a sua equivalência com os demais direitos fundamentais constitucionais

Em prosseguimento à enumeração dos elementos que gravam um direito como fundamental, destaca-se a indicação de que, para um direito ser considerado como tal, há que se atestar uma equivalência com os demais direitos fundamentais do “Catálogo”²⁰. Citam-se os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.91), acerca dos direitos fundamentais:

Direitos Fundamentais são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram por seu conteúdo e importância integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de

¹⁹ A aplicação do princípio da proporcionalidade será discutida no tópico a seguir quando serão enfrentados os efeitos de se considerar a posse indígena como um direito fundamental.

²⁰ Expressão cunhada por Ingo Wolfgang Sarlet para designar o rol dos direitos fundamentais da CF.

disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não assento na Constituição formal.

Então, para se ratificar a qualificação de um direito como um direito fundamental, será preciso verificar os demais direitos fundamentais previstos no sistema constitucional brasileiro. Em vista disso, observa-se que a posse indígena está em sintonia com os demais direitos fundamentais previstos na CF, quais sejam, os direitos à alimentação, saúde, liberdade, igualdade, vida etc. Todos esses direitos guardam um ponto em comum por excelência entre si, pois inspiram-se na dignidade da pessoa humana.

Logo, nem todo dispositivo previsto na Constituição será, por esse simples fato, compreendido como direito fundamental, pois é patente a não inclusão nesse rol dos dispositivos constitucionais que traçam, v.g., o procedimento de elaboração das leis ordinárias, que trazem o número de ministros que devam compor cada Tribunal ou que disponham sobre gastos orçamentários etc.

Dessa feita, parte-se da premissa da unidade e coerência do sistema jurídico para aplicar os mesmos efeitos a uma norma que possua as mesmas razões que as normas previstas no art. 5º da CF. Portanto, há que se verificar caso a caso, num dispositivo que pretenda sua inclusão como fundamental, se este comunga de essência similar aos demais direitos fundamentais.

Em remate, quanto ao direito constitucional dos índios à posse das terras tradicionalmente ocupadas, verifica-se a existência de todas as características dos direitos fundamentais, até aqui apontadas. Ora, a posse indígena é um direito que decorre diretamente da dignidade da pessoa humana, posto ser irradiador dos demais direitos indígenas. Portanto, a partir dele, facilitar-se-á melhor qualidade de vida a essa minoria étnica. Igualmente, a proteção da posse indígena é uma medida do grau de democracia adotado pelo Estado brasileiro, haja vista a escolha do Brasil por uma sociedade pluriétnica e a adoção de uma política multicultural com suas minorias. Da mesma sorte, destaca-se a sua natureza de “princípio”, uma vez que não se resume a uma regra de aplicação “tudo ou nada”, mas exige ponderações na hora de sua aplicação, bem como se perfaz em um valor interpretativo no sistema jurídico constitucional.

É importante destacar, nesse momento, que, embora a “propriedade dos civis” conste formalmente no capítulo dos direitos fundamentais da CF, tal fato não desnatura a percepção da posse indígena como um direito de igual grandeza. Destarte, dentre as razões que

inspiraram o legislador a considerar a propriedade como direito fundamental, citam-se as melhores condições de sobrevivência e a preservação da segurança jurídica nas negociações sociais. De igual modo, é possível empregar esses fundamentos para a posse indígena. Nesse contexto, uma maior proteção jurídica à posse dos índios aumenta a possibilidade de extrair da terra as condições para sua sobrevivência, bem como franqueia segurança jurídica em relação a terceiros, que saberão da titularidade estatal sobre essas terras.

Logo, o direito do índio sobre suas terras deve ser reconhecido como um direito fundamental. A partir daí, a Constituição Federal deve ser empregada como o arcabouço jurídico disciplinador da questão possessória indígena. Só assim, essas discussões conseguirão ultrapassar o campo meramente privado e patrimonial, e a posse da terra pelos índios chegará ao seu real enfoque, qual seja, um direito fundamental emanador dos demais direitos indígenas.

Nesse sentido, tem-se verificado a existência de todas as características dos “direitos fundamentais” na posse indígena, com os efeitos daí decorrentes. Esse fato só potencializa a aplicação da norma, como se abordará a seguir.

4.2 Efeitos dos direitos fundamentais – Aplicação ao direito dos índios sobre a posse de suas terras

Neste capítulo, tem-se procurado demonstrar que a norma constitucional que define o direito dos índios à posse permanente das terras tem natureza de direito fundamental, ainda que não esteja localizada no art. 5º da CF.

Como visto, a importância de se considerar a posse indígena como um direito fundamental exsurge do tratamento especial previsto pela Constituição Federal para essa classe de direitos. Dessa forma, são acrescentadas várias garantias a uma norma quando ela é considerada como tal. Portanto, identificar o direito do índio à posse de suas terras como um direito fundamental é, antes de tudo, dotá-lo de maiores efeitos e proteções, quiçá propiciar um ambiente favorável para efetivação desses direitos.

Muitas são as peculiaridades que diferem os direitos fundamentais das demais normas previstas na CF. Contudo, sem fim de exaurimento, esse estudo procurará destacar aqueles efeitos que mais se correlacionem com o direito indígena. Nesse ponto, buscam-se novos instrumentos jurídicos para somar forças na defesa da questão indígena no direito brasileiro.

Tratar-se-á, dentre esses efeitos dos direitos fundamentais, da inclusão do direito do índio sobre suas terras dentre às cláusulas pétreas, bem como da manutenção do seu núcleo essencial que irá limitar a atividade do legislador ordinário. Ainda se verificará a eficácia plena e aplicabilidade imediata do art. 231 e parágrafos; observar-se-á a priorização dos dispositivos indigenistas na implantação de políticas públicas e, por fim, a aplicação do princípio da proporcionalidade quando em conflito com outros direitos constitucionais.

4.2.1 Posse indígena como cláusula pétrea

Iniciar-se-á essa enumeração a partir do efeito da irrevogabilidade dos direitos fundamentais. Nesses termos, as cláusulas pétreas são os dispositivos da CF que não podem sofrer alterações pelo poder constituinte derivado. Assim, quando da promulgação da CF, o poder constituinte originário elencou alguns direitos como intangíveis, ou seja, que não seriam passíveis de emenda constitucional. Esclarece, assim, Uadi Lammêgo Bulos (2005, p. 1-2):

Traduzindo a etimologia da palavra para o campo constitucional, cláusula pétrea é aquela imodificável, irreformável, insuscetível de mudança. [...] Tem efeito positivo, pois não podem ser alteradas através do processo de revisão ou emenda, sendo intangíveis, logrando incidência imediata. Permanecem imodificáveis, exceto nas hipóteses de revolução.

Assim, no que pertine ao tema dos direitos fundamentais, cumpre perquirir o que a Constituição Federal de 1988 considera como “cláusula pétrea”: “Art. 60 [...], §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...], IV – os direitos e garantias individuais.”

Observa-se, de uma interpretação literal da norma, que, a princípio, somente os direitos e as garantias “individuais” estariam acobertados pela intangibilidade. De outro quadrante, verifica-se que os direitos dos índios sobre as suas terras de ocupação tradicional não se configuram como um direito individual; isolado de cada membro da comunidade. Antes, afigura-se, a princípio, como um direito pertencente a toda à comunidade indígena que habita dada área.²¹

Contudo, defende-se aqui a hipótese de que nem por isso o direito fundamental do índio à posse de suas terras será privado da prerrogativa da imutabilidade constitucional. Para se chegar a essa conclusão, que não é consenso na literatura jurídica, será necessário trazer novos argumentos sobre os fundamentos das cláusulas pétreas.

²¹ Será aprofundada a discussão acerca da inclusão da posse indígena como um direito individual, coletivo ou difuso, logo mais neste Capítulo, nos tópicos 4.4.1; 4.4.2 e 4.4.3.

A razão para a imutabilidade de alguns dispositivos da CF deve-se a sua maior importância dentro do sistema constitucional brasileiro. Trata-se da essência do Estado e cuja alteração comprometeria a sua própria razão de ser. Esta é a lição de Adriano Sant'ana Pedra (2006, p.137):

As cláusulas pétreas constituem núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia de permanência da Constituição e dos seus princípios fundamentais.

Insta destacar ainda interessante pensamento trazido por Gilmar Mendes (2005, p. 2 e 3), sobre o alcance das cláusulas pétreas. Segundo esse autor, **a prerrogativa da imutabilidade constitucional não se restringiria apenas ao disposto nos incisos do art. 40, §4º, CF, posto que alcançaria todos os dispositivos que comprometessem a identidade da Constituição.** Em suas palavras:

Não se fazia mister que a Constituição declarasse a imutabilidade de determinados princípios (Schmitt). É que a revisão não poderia, de modo algum, afetar a continuidade e a identidade da Constituição.[...]Em qualquer hipótese, os limites do poder de revisão não se restringem, necessariamente, aos casos expressamente elencados nas garantias de eternidade. Tal como observado por Bryde, a decisão sobre a imutabilidade de determinado princípio não significa que outros postulados fundamentais estejam submetidos ao poder de revisão. (Grifou-se)

Os direitos fundamentais, nesse ponto, são tidos como um dos núcleos do ordenamento jurídico constitucional. Isso acontece pela importância de se respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana na forma do Estado se relacionar com os indivíduos. Por isso, a impossibilidade de que uma emenda venha a alterá-los. Nesse sentido, o pensamento de Ana Paula Barcellos (2006, p. 42):

Quando a Constituição consagra cláusulas pétreas – que, na Carta de 1988, incluem os direitos fundamentais (CF, art. 60, § 4º, IV)-, nada há o que o poder político ordinário possa fazer acerca de tais normas, salvo submeter-se. Com efeito, esse conjunto de normas imodificáveis constitui um núcleo mínimo de decisões que deve ser observado por qualquer grupo político no poder, sobretudo no que no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Portanto, mesmo que o direito fundamental dos índios sobre suas terras não seja um direito “individual”, como previsto no art. 40, §4º, CF, ainda assim, por sua importância, é considerado, consoante essa teoria, um valor essencial para a idéia de Estado construído pela CF 88. A sua supressão descaracterizaria a sociedade solidária e o padrão de dignidade que se pretende conferir ao povo brasileiro. Portanto, tal direito deverá ser considerado como

cláusula pétreia. Logo, a posse indígena como um direito fundamental não pode ser revogada ou restringida pelo poder constituinte derivado.

Destaca-se que, além da proibição de emenda constitucional que venha a abolir os direitos fundamentais, o Judiciário já tem se manifestado contra reforma que diminua a sua incidência,²² a mesma solução deve ser dada aos direitos possessórios dos indígenas.

Ainda ressalta-se que a impossibilidade de supressão do direito fundamental do índio à posse de suas terras não deverá ser direcionado apenas ao poder constituinte derivado. Ora, como se aplica essa restrição às emendas constitucionais, com muito mais razão, deve ser observado pelo legislador infraconstitucional.

A máxima de não contrariedade a um dispositivo constitucional pelo restante do ordenamento jurídico é regra conhecida no Direito brasileiro, fundamentando-se no sistema hierárquico das normas e na rigidez constitucional, adotados pela CF. Contudo, quando se trata de um direito fundamental, deve haver um cuidado ainda maior com o seu disciplinamento. Assim, na regulamentação legislativa de um direito fundamental, deve sempre ser preservado o “conteúdo essencial”. Nesse sentido, assinala Ana Maria D’Ávila Lopes (2004, p. 13):

A garantia do conteúdo essencial é concebida como um limite à atividade disciplinadora dos direitos fundamentais. Atua como uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimitando o espaço que não pode ser ‘invadido’ por uma lei sob o risco de ser declarada como inconstitucional.

É imperioso informar que, em dias atuais, o Judiciário e a literatura jurídica nacional têm acatado o temperamento legislativo dos direitos fundamentais. A razão para essa prática deve-se à necessidade de adaptá-los às exigências da realidade e para propiciar uma convivência entre os demais direitos fundamentais.

Destarte, no mundo fático, haverá ocasiões que um direito fundamental não poderá ser aplicado em sua inteireza. Caberá ao legislador demarcá-lo para que se adapte à realidade. De outra sorte, cumprirá ao intérprete confrontá-los com os demais direitos fundamentais e ponderar a sua aplicação.

²² “O STF dispõe sobre a impossibilidade de se reformar a Constituição sobre determinadas matérias. Tal quando proíbe que se faça plebiscito para se aceitar a pena de morte, por entender que é um limite material imposto pelo poder constituinte originário que o poder constituinte derivado não pode desrespeitar. [...] Emenda inconstitucional - A irreformabilidade desse núcleo temático acaso desrespeitada pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta da constitucionalidade.” (BRASIL, 1991, p. 5.526 a 5.929).

Contudo, não se admite que a limitação dos direitos fundamentais atinja-lhes o núcleo essencial. Assim, os limites não podem ser confundidos com supressões das características básicas do direito. Continuando na linha de pensamento, a mesma autora prossegue:

Admite-se a imposição de limites pelo legislador, mas se pressupõe que observem e respeitem o conteúdo essencial do direito fundamental, ou seja, sempre que não o desnaturalizem, situação configurada quando o direito é impraticável; o direito não pode mais ser protegido; o exercício do direito tem sido dificultado além do razoável. (LOPES, 2004, p.7)

Logo, se uma determinada lei ordinária ferir o conteúdo essencial do direito constitucional, isso importará, via de regra, na vulnerabilidade do interesse jurídico em foco. Logo, quando houver severa dificuldade na proteção do direito, devido a alterações legislativas, considera-se que houve afetação do seu conteúdo essencial. Nesses casos, haverá possibilidade de controle constitucional.

Portanto, a lei que regule o direito dos índios às suas terras não deve comprometer os requisitos mínimos previstos na CF. Assim, v.g., para se perquirir a fonte do direito dos índios à ocupação de suas terras, a lei não poderá exigir títulos dominiais. Antes, deve buscar elementos no instituto constitucional do indigenato. Da mesma sorte, a aferição da posse há que buscar elementos na tradicionalidade de sua ocupação, sem que a lei possa cobrar os requisitos da posse civil.

4.2.2 Posse indígena e sua aplicabilidade plena e eficácia imediata

Dando continuidade à verificação dos efeitos dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade à posse indígena, cita-se outra decorrência dos direitos fundamentais, qual seja, a eficácia de suas normas.

Assim preceitua o § 1º, do art. 5º da CF 88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse sentido, defende-se que as normas constitucionais definidoras dos direitos indígenas (art. 231 e §§, CF) têm efeito concreto, ou seja, são autoaplicáveis, haja vista não precisarem de complementação legislativa para sua aplicação nos conflitos de interesses.

Na teoria constitucional atual, os constitucionalistas classificam as normas constitucionais em função do grau de eficácia e aplicabilidade que apresentam, sem pretenderem, contudo, negar eficácia jurídica a qualquer de suas categorias. Todas as normas

contidas em uma constituição rígida são normas jurídicas, inexistindo norma constitucional privada de eficácia.

Dentre as classificações mais aceitáveis na doutrina constitucional, cita-se, por exemplificação, as formulações de Crisafulli, defendidas por Paulo Bonavides (2008, p. 216); a classificação apresentada por Luis Roberto Barroso (1993, p. 89); a classificação elaborada por Canotilho (1998, p.167) e a construída por José Afonso da Silva (2004, p. 39), em sua obra.

Adota-se, para os fins deste trabalho, a classificação das normas constitucionais apontadas por José Afonso da Silva (2004, p. 39) e por Luís Roberto Barroso (1993, p. 89). Começar-se-á pela análise desta última, que apresenta os seguintes tipos de normas: a) normas constitucionais de organização; b) normas constitucionais definidoras de direitos e c) normas constitucionais programáticas.

As normas constitucionais de organização são as que instituem os órgãos de soberania, definindo-lhes a competência e determinando as formas e os processos de exercício do poder político. Constituem uma categoria específica de regras “com estrutura normativa própria, destinados à ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos”. Não se confundem com as normas de conduta porque não se destinam a disciplinar comportamentos de indivíduos ou de grupos. Têm caráter instrumental e antecedem a incidência das demais normas, pois, além de estruturarem organicamente o Estado, disciplinam também a criação das normas de conduta (BARROSO, 1993, p. 89).

As normas constitucionais definidoras de direitos são aquelas que enunciam os direitos fundamentais, tripartidos em três categorias: os direitos políticos, os direitos individuais e os direitos sociais, ao lado da nova categoria de direitos - os direitos coletivos ou difusos. De acordo com Luís Roberto Barroso (1993, p. 90), as normas consagradoras de direitos fundamentais, em sede de sua eficácia, podem gerar três situações, quais sejam: a) geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção. Cita-se, como exemplo, o direito à greve, assegurado pela Constituição Brasileira de 1988, no art. 9º, cabendo ao Estado o dever de abster-se de reprimir ou punir os que exercem; b) ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; ou c) contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora. Neste caso, em virtude da

concisão do texto constitucional, transfere-se ao legislador ordinário a competência para regular o exercício de determinados direitos constitucionais. Como exemplo, cita-se o artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, que trata do direito do empregado à participação nos lucros ou resultados da empresa, desvinculada da remuneração, *conforme definido em lei*. Nota-se que a Constituição não dá ao legislador ordinário competência para conceder esses direitos; cabe-lhe apenas instrumentalizar a sua realização, regulamentando-os.

Por fim, têm-se as normas constitucionais programáticas que, na definição de Luis Roberto Barroso (1993, p. 91), são aquelas “destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhes as condições de vida em sentido amplo”.

Para o autor, as normas programáticas têm valor jurídico idêntico ao dos demais preceitos da Constituição, produzindo duas ordens de efeitos irradiadores: I - Do ponto de vista objetivo, desde o início de sua vigência, as normas programáticas geram os seguintes efeitos imediatos: “a) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam e b) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis” e II -Do ponto de vista subjetivo, atribuem, de imediato, ao administrado o direito a: “a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido preceptivo constitucional; b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos (BARROSO, 1993, p. 98).

Em consideração à eficácia e à aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva (2004, p. 39 e segs.) as classificou em: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que compreendem as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático. De acordo com essa formulação, as normas de eficácia plena são as que recebem do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata, independentemente de interferência do legislador infraconstitucional para a sua aplicação. As normas de eficácia contida também recebem normatividade suficiente para reger os interesses

que cogitam, mas preveem meios normativos capazes de lhes reduzir a eficácia e a aplicabilidade. Por fim, as normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para a sua aplicação, dependem da regulamentação do legislador ordinário para manifestarem os seus efeitos com plenitude.

O art. 231 e parágrafos da Constituição Federal de 1988 definem os direitos dos índios e estabelece garantias que possibilitam a sua execução material, haja vista suas normas, definidoras de direitos plenamente desfrutáveis, serem de eficácia plena e aplicabilidade imediata. No art. 231, *caput*, a Constituição Federal de 1988 reconhece os direitos originários dos índios sobre as suas terras, ratificando, como dito em capítulos anteriores, o instituto do indigenato, e atribui à União a competência para demarcar e proteger tais terras. No parágrafo primeiro do mesmo artigo, a Constituição define o que sejam terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, com vistas a facilitar a aplicação do artigo. Nesses casos, quando o texto constitucional define os direitos dos índios e atribui à União a competência para protegê-los, não se exige qualquer intermediação do legislador ordinário para que a vontade da Constituição seja aplicada; a determinação constitucional em tais dispositivos é bastante, por si só, para operar efeitos concretos.

Da mesma forma se entende quanto ao disposto no parágrafo segundo, que destina as terras tradicionalmente ocupadas à posse permanente e ao usufruto exclusivo dos seus habitantes indígenas. O legislador constituinte estabelece taxativamente a destinação das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, dispensando qualquer interferência do legislador ordinário.

Os parágrafos terceiro, quarto, quinto e sexto do artigo 231 tratam de normas proibitivas.²³ O parágrafo terceiro impõe restrições ao aproveitamento em terras indígenas, de recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, à pesquisa e à lavra das riquezas minerais, condicionando-os à autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas.

²³ Ensina José Afonso da Silva (2004, p. 39) que as normas constitucionais proibitivas prescindem de regulamentação posterior, podendo ser direta e imediatamente aplicáveis. Para o autor, “as vedações não são subordinadas a gradações para que possam ser deixadas a uma regulamentação ulterior. Não teria sentido a Constituição conter uma norma que dissesse: a lei vedará..., a lei proibirá..., pois se o constituinte entende que uma conduta merece ser proibida, não tem sentido deixar a proibição para o legislador ordinário”. Assim, ou a Constituição proíbe determinada conduta, sendo esta proibição bastante em si, ou não a proíbe.

O parágrafo quarto dispõe sobre a inalienabilidade e indisponibilidade das terras tradicionalmente ocupadas. O parágrafo quinto veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras, estabelecendo, como exceção, os casos de catástrofe ou epidemia que ponha em risco a saúde de sua população ou o interesse da soberania do País, mediante autorização do Congresso Nacional, garantindo o imediato retorno tão logo cesse o risco.

No parágrafo sexto do art. 231, declarou a extinção dos efeitos jurídicos dos atos que tenham por objeto a ocupação, a posse ou o domínio sobre terras indígenas. E, para não deixar dúvidas quanto ao direito dos índios sobre as suas terras, acrescenta que a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos desses atos não ensejará direito à indenização contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

É de salientar, contudo, que o legislador ordinário já disciplinou, em parte, o art. 231 da CF na Lei 6.001/73, diploma conhecido como Estatuto do Índio. Contudo, face a edição dessa lei ser anterior à CF 88, entende-se que, no que esse estatuto contrariar o “conteúdo essencial” da CF, esta deve se sobrepor. Nesse caso, será possível aplicar o art. 231 da CF, diretamente, independente de positivação ordinária.

Portanto, considerando a natureza de direito fundamental das normas definidoras dos direitos dos índios às suas terras, conclui-se que essa norma tem, igualmente, eficácia jurídica plena, sendo suscetíveis de aplicação direta e imediata.

4.2.3 Posse indígena e a implantação de políticas públicas pelo Estado

Questão que suscita grande interesse é a possibilidade de se exigir do Executivo a implementação de políticas públicas para concretizar os direitos fundamentais. Nesse sentido, busca-se identificar até que ponto o Judiciário pode impor ao Executivo que execute um serviço ou uma obra pública para a execução desse dever. O presente trabalho não tem como finalidade exaurir esse conteúdo, posto que tal tema apresenta-se por demais complexo, o que abriria campo para a defesa de um trabalho acadêmico apenas sobre esse tópico. Contudo, não há como se furtar de tecer breves comentários sobre a possibilidade de cobrança judicial do Executivo para implementar os direitos fundamentais.²⁴

²⁴ Recomenda-se, dentre outras, a leitura do trabalho de Ana Paula Barcelos: Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. (SARMENTO, 2006), para compreensão do controle do mérito administrativo pelo Judiciário.

A busca da efetividade dos direitos fundamentais é uma atitude que deve ser cobrada de todas as funções do poder do Estado. Logo, exige-se que o Judiciário venha aplicar os dispositivos constitucionais no caso concreto, diretamente. Isso será possível mesmo nos casos que existam leis disciplinando o caso, contudo em contrariedade à CF. O Legislativo também deverá colaborar com a efetivação dos direitos fundamentais, máxime na edição de leis infraconstitucionais que disciplinem aquelas normas. Do Executivo, por sua vez, cobra-se a realização de políticas públicas que concretizem os mandamentos constitucionais fundamentais na vida do povo brasileiro. Tal exigência é premente na literatura jurídica pátria:

Começou-se a questionar sobre o tipo de eficácia dos direitos fundamentais (justamente a parte mais nobre do direito constitucional) poderiam ter no âmbito das relações estritamente intersubjetivas. Na nova concepção de direitos fundamentais, diretamente vinculantes, a Administração deve pautar suas atividades no sentido não só de não violar tais direitos, como também de implementá-los praticamente, mediante a adoção de políticas públicas que permitam o efetivo gozo de tais direitos fundamentais por parte dos cidadãos. Quanto ao legislador, o reconhecimento da eficácia jurídica dos direitos fundamentais impõe aos mesmos deveres positivos, no sentido de editar legislação que regulamente as previsões constitucionais, desenvolvendo os programas contidos na Carta. Mas também o Judiciário foi chamado a dar sua contribuição, então o juiz ao interpretar e aplicar o direito privado, deve também levar em conta as regras e os princípios constitucionais que tratam diretamente do tema objeto do litígio... Daí porque se defende que a Constituição deve ser aplicada diretamente, inclusive em relações interprivadas, ao menos sempre que a controvérsia de que se trata não possa ser resolvida com base na lei, seja por ser a lei lacunosa, seja porque a lei oferece uma solução aparentemente injusta. (FACCHINI NETO, 2003, p. 43-44)

Nesse contexto, tem tido grande repercussão esse tipo de controle judicial sobre a Administração pública, acerca da realização dos direitos fundamentais em geral. A literatura jurídica brasileira mostra-se divergente quanto a esse tema. Nada obstante, tem-se observado por parte dos autores essa possibilidade de intervenção. Nesse sentido, posiciona-se o presente trabalho, desde que feita para implementar os direitos fundamentais.

Não se trata de concordância com a invasão indevida do Judiciário sobre a atividade do Executivo. Muito menos a admissão de que o juiz desacate a lei para conseguir o seu ideal pessoal de justiça.

Destarte, entende-se que a Administração Pública não deve fugir aos fins constitucionais. Ora, já foi discutida a posição de destaque dos direitos fundamentais na CF 88, bem como os motivos para tanto e os atributos resultantes dessa qualificação. Dessa feita, o Executivo não pode fugir a essa realidade. Portanto, deverá priorizar a realização dos direitos fundamentais na eleição de suas políticas públicas. Essa é a posição defendida por Ana Paula Barcellos (2006, p.45):

Com efeito, controlar as decisões do Poder Público nesse particular significará, e.g., concluir que determinada meta constitucional é prioritária e, por isso, a autoridade pública está obrigada a adotar políticas por ela associadas. Significará, também, afirmar que determinada política pública, embora aprovada pelos órgãos majoritários, não deve ser implementada até que as metas prioritariamente estabelecidas pelo constituinte originário tenham sido estabelecidas... As decisões do Poder Público acerca de definições de políticas públicas podem - e devem - ser controladas juridicamente, pois toda ação estatal está vinculada à Constituição em geral e a seus fins em particular... Os fins constitucionais podem ser descritos como a realização da dignidade humana e a promoção e proteção dos direitos individuais.

Logo, não se está a admitir a imissão desarrazoada de um poder sobre outro nem a substituição de funções entre os poderes. Na verdade, o que se defende é o acompanhamento pelo Judiciário da implementação dos direitos fundamentais. Trata-se de um controle judicial, para os casos em que se verifica inércia arbitrária do Executivo. Valorosas são as lições de J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 1039):

A mesma eficácia material positiva se reconhece ao princípio, já citado, da *proibição do excesso*. Proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a *exigibilidade, adequação e proporcionalidade* dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles perseguem. Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de ‘justa medida’.

Portanto, o princípio da proporcionalidade pode ser aqui aplicado para exigir o cumprimento de uma atitude devida pelo Estado. Nesse quadrante, o Executivo deve priorizar a realização dos direitos indígenas sobre as suas terras. Assim, uma vez verificada a “fundamentalidade” desse direito, não se concebe, v.g., o descaso com a demarcação das terras indígenas. Destarte, O ADCT, no seu art. 67, prevê que a demarcação das terras indígenas deveria ser concluída em até cinco anos após a promulgação da CF. Contudo, até os dias atuais, parte considerável dessas demarcações ainda não foi concluída²⁵. O Judiciário em tais casos poderia impor medidas coercitivas para a Administração realizar os direitos fundamentais dos índios. Na hipótese, ora discutida, poderia, ao verificar a tensão decorrente da não demarcação em uma dada área, conceder um prazo razoável para a realização do processo demarcatório, sob o aviso de aplicação de multa diária, no caso de desatamento.

²⁵ Para citar um exemplo contundente do descaso com a demarcação das terras indígenas, informe-se que no estado do Ceará, há 18 (dezoito) terras habitadas tradicionalmente pelos indígenas. Contudo, somente 01 (uma) encontra-se com o processo de delimitação e demarcação completamente concluído, qual seja a Terra Indígena Córrego João Pereira.

4.2.4 *Aplicação do princípio da proporcionalidade para a colisão entre os direitos fundamentais da posse indígena e da propriedade particular*

Destaca-se aqui outro ponto de significância em considerar a posse indígena como direito fundamental. Trata-se da aplicação do “princípio da proporcionalidade” para os casos de conflitos de interesses que envolvam a propriedade particular e a posse indígena.

É certo que já existe uma solução, *a priori*, para tal choque de direitos. Como já visto, extrai-se da própria Constituição Federal, no seu art. 231, § 6º, que os títulos de propriedade sobre terras indígenas são nulos de pleno direito.²⁶ Essa norma é autoaplicável e independente de regulamentação legislativa para produção de efeitos. Logo, nos casos em que houver os dois interesses em jogo, já se sanaria o problema com a simples subsunção da lei. Portanto, prefacialmente, o direito do índio à posse se sobreporia ante os títulos de propriedade de particulares.

Acentua-se que, mesmo nos casos em que a terra não é demarcada, ainda assim, a posse indígena se sobressai sobre a propriedade civil. Isso porque o Estatuto do Índio, em seu art. 25, dispõe que o direito dos índios sobre essas terras independe de sua demarcação. Por conseguinte, a conclusão do referido processo administrativo é mero ato declaratório de um direito pré-existente. Logo, já seria possível conferir à posse aos índios antes da demarcação de suas terras.²⁷

Entretanto, o campo de aplicabilidade do princípio da proporcionalidade exsurge ultimamente, como forma de contrapor-se ao desacato do Judiciário, das normas previstas no art. 231, §6º, CF e no art. 25 do Estatuto do Índio.

Trata-se, principalmente, de decisões do juízo de primeiro grau que desprivilegiam a posse indígena em face da propriedade particular. Alegam alguns magistrados que a falta de conclusão do processo administrativo não confere certeza sobre qual terra o processo

²⁶ O estudo do § 6º do art. 231 da CF já foi realizado no Capítulo 3 desta dissertação. Razão pela qual, remete-se o leitor para o seu exame, a fim de maiores esclarecimentos.

²⁷ A análise do art. 25 da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio) que trata sobre os efeitos meramente declaratórios do processo administrativo de delimitação e demarcação de terras indígenas, foi realizada no Capítulo 2, tópico 2.8, dessa Dissertação, ao qual se sugere a consulta, para maiores esclarecimentos.

administrativo irá reconhecer como indígena. Em tais casos, preferem dar primazia aos títulos de propriedade particular, para assegurar a segurança jurídica das relações²⁸.

Nessa situação, há que se socorrer do argumento de que a posse dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas é um direito fundamental. A partir dessa premissa, corrobora-se com a idéia de que tanto a posse indígena, quanto a propriedade particular tem grande importância no sistema constitucional. Logo, se lançaria mão do princípio da proporcionalidade para a composição do conflito, sem se admitir a pura sobreposição da propriedade sobre a posse indígena.

Destarte, uma vez que se considere a força normativa dos princípios constitucionais que veiculam direitos fundamentais, também se vislumbra a possibilidade de um conflito aparente de princípios no caso concreto. Essa conclusão deve-se ao fato de os princípios admitirem o temperamento de seu comando quando em choque com outros princípios.

Assim, tem-se verificado a existência de um número cada vez maior de interesses jurídicos protegidos pelo Estado. Contudo, esses elementos devem guardar coerência interna dentro dos Estados. Nesse contexto, importante destacar o princípio da unidade da Constituição, pelo qual as normas constitucionais devem ser interpretadas de forma harmônica. Atenta-se para a lição de Marcel Queiroz Linhares (2001, p. 223): “assume relevância o princípio da unidade da Constituição, por meio do qual se exige que o aplicador do direito considere a Constituição em seu todo e procure equilibrar as tensões existentes entre as normas constitucionais a serem realizadas”.

Considera-se, nesses casos, que há uma colisão aparente entre normas de direitos fundamentais. A solução para o conflito poderá, segundo a literatura analisada, ser sanada pelo princípio da proporcionalidade. Nessa conjuntura, surge a relevância desse princípio,

²⁸ Cite-se, como exemplo, a ação de reintegração de posse, processo nº 0001542-51.2005.4.05.8100 (2005.81.00.001542-2), que tramita perante a 10ª Vara Federal do Ceará, em que figuram, como demandante, Juraci de Souza Araújo, e, como demandado, a Fundação Nacional do Índio e outros. O objeto da ação trata sobre a terra indígena Tapeba, situada na cidade de Caucaia-CE. Essa terra reúne a maior comunidade indígena do estado cearense. Contudo, sofre severo preconceito, em parte causado pela localização vizinha à cidade de Fortaleza e porque a maioria de seus índios tem contato com a população não-índia. Assim, em face do processo administrativo de delimitação e demarcação da presente terra ainda não ter sido concluído, o juiz proferiu sentença em que determinou a retirada dos índios da referida terra, preferindo privilegiar os títulos de propriedade sobre a área, do que conferir a proteção possessória aos índios. Agregue-se que a área e os índios atingidos pelo presente mandado de reintegração de posse já foram objeto de estudos antropológicos que conferem verossimilhança à etnicidade indígena da comunidade, recebem assistência da FUNAI e teve escola construída com verbas públicas. Informe-se, por fim que da presente sentença, foi interposta apelação pela Procuradoria Federal – AGU, que aguarda julgamento do TRF 5ª região. (CEARÁ, Sentença, 2010)

pois ele determinará a coexistência entre os direitos fundamentais. Daí, seria possível a aplicação do princípio da proporcionalidade para a melhor solução constitucional para os interesses conflitantes.

Embora o princípio da proporcionalidade não esteja previsto expressamente na legislação, é possível deduzi-lo a partir do conjunto do Ordenamento jurídico. Para Paulo Bonavides (2008, p.436), esse princípio tem seu desenvolvimento ligado com a evolução dos direitos fundamentais, sendo consectário do princípio constitucional do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito. Daí ser considerado como um princípio constitucional implícito (art. 5,º§ 2º, CF)²⁹.

A preferência pelo termo princípio da proporcionalidade deve-se a um fator histórico, qual seja, essa foi a primeira nomenclatura utilizada para a resolução de colisão entre direitos fundamentais pela Corte alemã. Já a Suprema Corte norte-americana utilizava o termo princípio da razoabilidade, mas aí já com uma conotação de controle de constitucionalidade dos atos estatais. (CANOTILHO, 1998, p. 1098).

Contudo, muitas são as formas que têm sido utilizadas para denominar a forma de resolução dos conflitos entre direitos constitucionais. Para se ter uma idéia, só J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 1109) utiliza quatro expressões diferentes para fenômenos semelhantes, qual seja, ponderação de bens, balanceamento, princípio da concordância prática e harmonização. No entanto, alguns ainda utilizam as expressões conjuntamente, tais como: “método da ponderação a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade” (LINHARES, 2001, p. 220).

Assim, fugiria ao fim maior deste trabalho investigar a fundo esse princípio e as sutilezas de sua denominação. Portanto, dentre as diversas nomenclaturas utilizadas, preferir-se-á, neste trabalho, o termo princípio da proporcionalidade. Tal opção decorre da verificação do que tem sido adotado por grande parte da doutrina:

Da discussão terminológica envolvendo o princípio da proporcionalidade, onde J. J. Gomes Canotilho trata como sinônimos o princípio da proporcionalidade e a proibição de excesso; Luís Virgílio Afonso da Silva afirma que a proporcionalidade não pode ser considerada um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, preferindo a expressão 'regra de proporcionalidade'; Luís Roberto Barroso, por seu turno entende de modo fungível os termos princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade; para Rizzato Nunes, o princípio da proporcionalidade é

²⁹ CF, “art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.”

antes um método que um princípio propriamente dito: um método para fazer justiça no caso concreto; entendemos que a expressão princípio da proporcionalidade deve prevalecer no sentido explicitado por Willis Santiago Guerra Filho, como ponto de partida e/ou de chegada para solucionar questões envolvendo colisão de princípios. (MANZATO, 2005, p 180)

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

Segundo Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 34), adequado não é só o caminho usado para se chegar a um fim, mas igualmente é o meio como a realização desse desiderato é promovido, mesmo que o objetivo não seja totalmente satisfeito. Já a apreciação da necessidade é comparativo, pois somente é devido caso a realização do fim não possa ser realizada, na mesma intensidade, por meio de outro meio que restrinja menos o direito fundamental atingido. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, caracteriza-se como o sopesamento entre intensidade da restrição ao direito fundamental exigido e a importância do direito fundamental que com ele choca e que fundamenta a adoção da regra limitativa.

Esses três elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) constituem o caminho que o julgador deve traçar para se chegar à solução ideal. Contudo, é imperioso que se adote um critério razoável para orientar o intérprete na escolha do direito que deve prevalecer.

A literatura jurídica nacional tem se manifestado sobre a preponderância dos valores humanos, baseados na dignidade da pessoa humana para definir qual o direito que deve ter primazia no caso concreto. Nesse caminho, Gilmar Mendes (2003, p. 184) traz importante lição: “Na tentativa de fixar uma regra geral, consagra During a seguinte fórmula: valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (*Persongutwert geht vor Sachgutwert*)”. No mesmo sentido, Ana Paula Barcellos (2003, p. 108):

Determinadas normas constitucionais desempenham funções diferentes ou são dotadas de uma superioridade axiológica quando comparadas com outras. [...] Pois, é absolutamente consensual na doutrina e na jurisprudência que a Constituição de 1988 fez uma opção material clara pela centralidade da dignidade humana e, como sua decorrência direta, dos direitos fundamentais.

Então é possível deduzir que a missão do princípio da proporcionalidade será fazer prevalecer os mais caros elementos constitucionais, dentre eles os direitos fundamentais, os

objetivos e os fundamentos do Estado brasileiro. Portanto, prevalecerá o princípio que esteja em maior consonância com tais ideais.

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

Portanto, nos conflitos entre a posse indígena e a propriedade particular, muitas vezes, vislumbra-se a proteção, respectivamente, do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à diversidade cultural dos índios, e, do outro lado, o direito ao patrimônio particular e os interesses econômicos.

Entretanto, deve-se lembrar que a proteção que a Constituição garante à propriedade não é absoluta. Portanto, relativiza-se esse amparo sempre que outras razões em jogo mostram-se mais relevantes ao interesse público e à justiça social. É o caso das desapropriações por interesse social e público (arts. 5º, XXIV, 184 e 185 da CF) e as requisições civis e militares (art. 22, III, CF).

De outro lado, é preciso assentar que, via de regra, a relação do índio com a terra é mais que uma relação econômica, porquanto se traduz numa relação de pertencimento e identificação com aquele habitat. Portanto, como os índios tendem a manter essa ligação cultural e histórica com o ambiente em que foram criados, a sua retirada poderia gerar um forte trauma.

Contudo, para o melhor emprego do princípio da proporcionalidade, só a partir da apreciação do caso concreto, poder-se-á verificar qual dos direitos fundamentais deverá prevalecer, uma vez que, regra geral, não se admite a superioridade de um direito fundamental em tese. Assim, quando verificado, na realidade fática, que o interesse jurídico indígena é mais condizente com os fundamentos e objetivos da Constituição Federal do que a mera proteção ao patrimônio particular, aquele deverá prevalecer.

Dessa feita, mesmo que se considere, em tese, a igualdade valorativa dos direitos fundamentais, é possível que, no caso concreto a posse indígena, como direito fundamental, tenha uma primazia quando em conflito com a propriedade particular. Nada obstante, será

mister fazer bom uso do princípio da proporcionalidade, para resguardar o pensamento condizente com o Estado Democrático de Direito, sem desprezar o “núcleo essencial”³⁰ dos direitos preteridos.

Portanto, o correto uso do princípio da proporcionalidade determina apenas a prevalência de um princípio sobre o outro no caso concreto. Assim, via de regra, não se deseja extinguir todo o conteúdo do princípio vencido, haja vista a importância de todos no contexto constitucional. Procurar-se-á causar o menor sacrifício ao princípio não prevalente. Logo, buscar-se-á compatibilizar todos os interesses discutidos, para permitir que, em maior ou menor grau, todos sejam implementados. (JUSTEN FILHO, 1999, p. 66)

Dessa forma, na aplicação do princípio da proporcionalidade para o conflito entre a propriedade particular e a posse indígena, também é possível vislumbrar a manutenção do núcleo essencial de ambos os interesses. A solução para isso, inclusive, já foi positivada em norma jurídica. Em primeiro lugar, o Estatuto do Índio prevê que na demarcação das terras serão levadas em consideração as transformações históricas e o desenvolvimento fático:

Art. 25 – O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do art. 198 da Constituição Federal, independerá de sua demarcação e será assegurado, pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, **atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação**, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República. (grifo proposital)

Em segundo lugar, o titular do domínio tem direito à indenização pelas benfeitorias de boa-fé (art. 231, § 6º, CF). Assim sendo, aquele particular que foi desintrusado da terra indígena não perderá todo o seu patrimônio. Destarte, este civil será devidamente reembolsado pelas benfeitorias que realizou até o momento em que não tinha conhecimento que a terra pertencia à União.

Dessa forma, a aplicação do princípio da proporcionalidade tem se mostrado indispensável na pacificação com justiça da colisão entre os direitos fundamentais da propriedade tradicional e da posse indígena, baseada numa visão democrática do direito.

³⁰ Para Canotilho (1998, p. 419-420), há duas teorias sobre a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. A teoria absoluta diz que esse núcleo deve ser extraído abstratamente, sem se levar em conta o caso concreto. Já a teoria relativa, diz que o conteúdo essencial será observado caso a caso. O autor adere à primeira teoria.

4.3 Os direitos indígenas no quadro das dimensões dos direitos fundamentais

A doutrina costuma subdividir os direitos fundamentais em algumas dimensões específicas. Tal repartição tem a finalidade de melhor compreender as características de cada um dos direitos fundamentais. Ademais é importante verificar alguns acontecimentos históricos que influenciaram no maior destaque de uma determinada classe de direitos fundamentais em certo período de tempo.

Nota-se que não se trata de se estabelecer momentos estanques de surgimento desses direitos. Justamente por isso, optou-se pela orientação doutrinária que denomina tais classes de direitos fundamentais como “dimensões”, preterindo-se o termo “gerações” (SARLET, 2006, p. 55). Com efeito, não há uma sucessão de novos direitos fundamentais em substituição aos anteriores, posto que é possível verificar a convivência desses direitos, em maior ou menor intensidade, em quase todos os momentos históricos. A literatura jurídica, tradicionalmente, subdivide os direitos fundamentais em direitos de primeira, segunda e terceira dimensão.

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo. Enfim, se nos deparamos direitos de primeira, segunda e terceira geração, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade. (BONAVIDES, 2008, p. 516).

Nada obstante, parte da literatura já entrevê o surgimento de novas dimensões de direitos fundamentais, quais sejam, uma quarta e quinta dimensão (esta última com menor citação pela literatura). O que se percebe, contudo, é que, mesmo diante o surgimento de novas dimensões de direitos fundamentais, ainda permanecem as dimensões precedentes. Com isso, tem-se verificado que estas são, em grande parte, fruto do fortalecimento dos direitos das dimensões anteriores. Continua Willis Santiago Guerra Filho (1999, p. 40):

Mais importante, é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recentes tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. (grifo proposital)

Pelo exposto, pode-se reconhecer o pertencimento de um direito, a um só tempo, a várias dimensões de direitos fundamentais, pois pode assumir as características marcantes de cada dimensão que se sucede.

Dessa forma, percebe-se que a doutrina admite a possibilidade de um direito que foi originalmente criado no contexto de uma dimensão de direito fundamental, com o tempo, somar os contornos das novas dimensões.

Assim, a posse indígena vem assumindo novos matizes com o transcorrer da história, uma vez que as dimensões dos direitos fundamentais não se excluem, mas se complementam.

Defende-se, portanto, neste trabalho, a identificação do direito do índio à posse das terras tradicionalmente ocupadas, com várias dimensões de direitos fundamentais. Notadamente, destaca-se a presença, nesse direito, das características da segunda, terceira e quarta dimensão de direitos fundamentais. Isso é possível devido à grande complexidade desse direito, previsto no art. 231 e parágrafos da CF.

Passa-se, a partir de agora, a estudar cada dimensão de direitos isoladamente, citando o momento histórico em que mais se destacaram, anotando as características comuns aos direitos insertos, bem como demonstrando a sua identificação com o direito dos índios à posse de suas terras.

4.3.1 Posse indígena e a primeira dimensão dos direitos fundamentais

Observando o contexto histórico anterior à Revolução Francesa, Perez Luño (1986, p. 222-223) observa que vigorou por muito tempo um Estado autoritário que concentrava todas as funções e não respeitava a autonomia das pessoas. Esse paradigma refletia-se no sistema jurídico, no qual o magistrado tinha ampla discricionariedade na aplicação das normas.

A partir da Revolução de 1789, acentua-se o combate à interferência do Estado na liberdade das pessoas e marca-se o predomínio do liberalismo econômico. Cita-se a lição de Facchini Neto (2003, p.21), acerca do novo momento histórico: “No âmbito político, temos o Estado liberal e pouco intervencionista. A economia vive o período do liberalismo econômico, com pouca regulamentação estatal. No mundo jurídico, tudo isso desemboca na ética do individualismo.”

Logo, havia um contexto de profundas mudanças políticas, econômicas e sociais no Velho Continente. A partir daí, o sistema jurídico passa a ter forte influência das novas premissas, máxime com adoção do sistema de codificação do Direito Civil, que era considerado sem lacunas. Importante citar as palavras de Plínio Melgaré (2004, p. 107):

Na primeira fase (Escola da Exegese-finda próximo do ano de 1880), cumprindo os ditames dos revolucionários franceses, o direito identificou-se com a lei. Obedecendo-se a divisão tripartida dos poderes e a formação do contrato social rousseauiano, caberia ao legislador representando a expressão da vontade geral, criar o direito. Animado pelo racionalismo moderno, o sistema jurídico é pensado como axiomático, de todo completo e coerente, restando aos tribunais uma atividade passiva, de mero repetidor das palavras da lei.

Logo, restou diminuída a possibilidade do juiz de proceder livremente com as suas interpretações. Ora, se o poder só se legitimava porque era decorrente da representação popular, qualquer ato de império que brotasse do magistrado seria inconcebível no sistema de então.

Esse foi o contexto histórico que contornou os direitos de primeira dimensão. Dessa feita, verifica-se a minimização dos poderes do Estado em todos os seus campos. Daí, fora adotada pelas Constituições a independência do homem frente à ingerência estatal. Essa ideologia tinha o desiderato de proteger a classe burguesa emergente, razão porque havia a proteção máxima à propriedade privada e a ampla autonomia do povo para estipular os seus pactos. (FACCHINI NETO, 2003, p.22).

Os direitos de primeira dimensão são marcados pela busca da liberdade para o indivíduo e abstenção para o Estado, ou seja, exigia-se uma não-intervenção estatal frente às atividades das pessoas. Insta acrescentar a lição de Paulo Bonavides (1996, p. 517): “Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade, a saber os direitos civis e políticos, têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa.”

Assim os direitos de primeira dimensão eram aqueles que se dirigiam à proteção do indivíduo e buscava uma autonomia maior frente ao Estado. Nessa conjuntura, destaca-se como direito típico da primeira dimensão, o instituto da propriedade, que visa assegurar a riqueza do titular frente aos demais particulares e ao Estado.

Já a posse é o instituto jurídico que decorre diretamente da proteção da propriedade. Portanto, é possível enquadrá-las na mesma dimensão dos direitos fundamentais e estender a ambas o mesmo entendimento.

Assim, quando a CF garante aos índios a posse permanente sobre as terras que ocupam, questiona-se se está diante de um direito fundamental de primeira dimensão.

Por um lado, a posse indígena configura-se como um limite ao Estado e a terceiros, para que as comunidades indígenas utilizem suas terras sem intervenção de outrem. Nesse campo,

assemelha-se com os direitos de primeira geração, mormente quanto aos traços de “liberdade” dos índios na posse de suas terras e “não-intervenção” estatal ou dos demais particulares nessa posse.

Contudo, há um ponto polêmico, acerca da concatenação do direito dos índios sobre suas terras com os direitos de primeira dimensão, qual seja, essa dimensão refere-se a direitos individuais, já a posse indígena pertence coletivamente a cada “comunidade”³¹ indígena.

Portanto, entende-se que o direito dos índios sobre suas terras, ainda que já existente no período histórico em que se destacaram os direitos de primeira dimensão, não pode ser aí enquadrado. Destarte, essa dimensão reúne direitos como a vida, a liberdade e a igualdade, que tem em comum a característica de salvaguardar as pessoas isoladamente e poderem ser usufruídos individualmente.

Em contrapartida, a posse indígena é mais condizente com uma dimensão que protege os direitos de grupos de pessoas, o que mais a enquadraria, a princípio, na segunda dimensão dos direitos fundamentais.

Nota-se que organizar os direitos fundamentais em diferentes dimensões é, acima de tudo, agrupar direitos com características comuns, para melhor compreendê-los. Assim, o fato de não se conceber a posse indígena sobre o enfoque da primeira dimensão não importa em prejuízo de sua fundamentalidade, uma vez que será possível sua classificação em outras dimensões.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais trata de direitos de grupos determinados de pessoas, tais como, os direitos sociais. Essa dimensão melhor assenta os direitos indígenas, pois, nesse caso, trata-se de um direito que pertence ao mesmo tempo a toda comunidade, e não a um indivíduo isoladamente.

4.3.2 Posse indígena e a segunda dimensão dos direitos fundamentais

Os direitos de segunda dimensão ganharam maior destaque num contexto em que o mundo encontrava-se sacudido pelas duas grandes guerras mundiais, pela Revolução Russa, pelo socialismo utópico e pela edição da Constituição de Weimar. Comentando esse momento histórico, agrega Facchini (2003, p.22):

³¹ Remete-se o leitor para o Capítulo 1 desta dissertação, a fim de reexaminar as definições de indígena, comunidade indígena e povos indígenas. De antemão, lembramos que o termo comunidade indígena é utilizado para referir-se a determinado agrupamento de índios em parte definida do território brasileiro. Não se confunde, então, com a expressão povos indígenas, que alude à todos os índios brasileiros.

O período do constitucionalismo social dos países ocidentais que sucede ao segundo período pós-guerra procura endereçar o Estado no sentido da promoção da igualdade substancial, mesmo que por vezes isso implique reduções ao espaço da liberdade econômica, embora sem sacrificá-la de um todo. [...] De certo modo o primado do público significa o aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos. [...] Ou seja, abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana.

Logo, sobrepôs-se um Estado de bem-estar social, que adota uma postura proativa, para propiciar liberdade e igualdade material³² frente às iniquidades acirradas e não-solucionadas pelo liberalismo (SILVA, 2004, p.289).

Nesse contexto, vem a ser pública a tarefa de zelar pela dignidade, liberdade, inclusão social, paridade entre outras prerrogativas atinentes ao âmbito particular das pessoas. Para J. J. Gomes Canotilho (1993, p.509): “A intervenção estadual é concebida não como um limite, mas como um fim do Estado.”

A segunda dimensão de direitos fundamentais é marcada, assim, por uma atitude proativa do Estado frente aos particulares. Logo, o Estado lança mão dos institutos jurídicos, como elos transformadores da realidade em benefício da população. Cita-se a lição de Andreas Krell (2000, p. 27):

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. O Estado, através de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas ‘políticas sociais’.

Portanto, a história faz a sociedade demandar uma atitude proativa do Estado frente aos indivíduos. Fica demonstrado que as pessoas não conseguem sozinhas atender as suas necessidades vitais e em igualdade de condições. É mister que o Estado venha a conceder benefícios sociais, tais como, a saúde, moradia, educação, dentre outros elencados por Ana Maria D’Ávila Lopes (2001, p. 64):

Com o tempo, a visão liberalista foi superada pelo próprio processo histórico-dialético das condições econômicas. Nos séculos, XVIII e XIX o desenvolvimento industrial e o aparecimento de um proletariado, sujeito ao domínio da burguesia capitalista, deram origem a novas relações intersubjetivas, propiciando o aparecimento de novos direitos fundamentais – os econômicos e sociais – e, paralelamente, a transformação do conteúdo dos anteriores... Mencionam-se os direitos ao trabalho, à saúde, à moradia, à educação, à cultura e ao lazer.

³² Para José Afonso da Silva (2001, p.289), trata-se a segunda dimensão, de direitos que “possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização dos desiguais.”

Nesses termos, os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que se fortaleceram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século (BONAVIDES, 2001, p.518).

No que pertine ao enquadramento da posse indígena dentre os direitos de segunda dimensão, observa-se, *a priori*, que a posse sobre as terras de ocupação tradicional sendo titularizada por toda a comunidade indígena e não só por um indivíduo, constitui-se em um direito social, portanto um direito fundamental de segunda dimensão.

De outro ângulo, entende-se que na posse indígena há a necessidade de uma atitude estatal afirmativa. Dessa forma, o Estado tem o dever, e a população indígena tem o direito de exigir deste que seja assegurada a posse de suas terras em detrimento de qualquer outro cidadão que indevidamente a possua.

A princípio, esse dever do Estado é extraído da própria CF, em dispositivo previsto no art. 67 do ADCT³³. Consoante esse comando legal, o Estado brasileiro tem a obrigação de demarcar as terras possuídas tradicionalmente pelos índios em até cinco anos da promulgação da Constituição³⁴. Essa postura reflete um direito de segunda dimensão dos índios, pois se exige uma ação do Estado.

Ademais, exsurge a atuação da AGU e do MPF, como forma de obrigações do Estado para a proteção jurídica das terras indígenas, em caso de esbulho ou turbação, bem como nas tentativas de anular os processos administrativos de demarcação.

Igualmente, confirma a face de direito de segunda dimensão da posse indígena, quando consideramos que, via de regra, a partir da garantia da posse de suas terras, os índios poderão dar efetividade à manutenção dos outros direitos fundamentais sociais, quais sejam, suas próprias práticas educacionais (art. 210, §2º, CF) e manutenção de sua cultura (art. 215, §1º, CF). Assim, garante-se a continuidade cultural e existencial de um povo num local que lhe é próprio por natureza.

³³ ADCT, “Art. 67 – A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.”

³⁴ Esclareça-se que o fato do Estado brasileiro não ter conseguido demarcar todas as terras indígenas no prazo de cinco anos, conforme previsão normativa, não pode ser interpretado como um impedimento para que se continue as demarcações, haja vista que não se trata de um prazo preclusivo.

Verifica-se, outrossim, que o Direito passa a estabelecer exigências não só ao Estado, mas também dos particulares, com vistas ao benefício coletivo. Vasco Manoel Pereira da Silva (1982, p.43):

Na verdade, tendo sido os direitos fundamentais concebidos para a defesa do cidadão face ao poder e tendo deixado este de ser privilégio do Estado, não faria, mais, sentido, não alargar a proteção dos cidadãos através dos direitos fundamentais a todas as situações de poder. A liberdade do cidadão contra o poder não se pode dirigir, apenas, contra o poder do Estado, mas, também, contra o poder econômico, o poder empresarial, o poder sindical, o poder da comunicação social, etc.

Logo, assim como o dever do Estado de prestar educação, segurança, moradia, saúde aos seus súditos, há o dever dos particulares de utilizarem suas propriedades em conformidade com o direito e de acordo com os fins sociais da coletividade que a subjaz. Portanto, não se admite que alguém que possua um título nulo de propriedade sobre terra indígena queira ver prevalecer esse direito frente à previsão constitucional de domínio federal e posse indígena de uma área.

Portanto, exige-se dos particulares que o exercício da propriedade e posse civis³⁵ seja realizado com vistas à sua “função social”. Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho (1999, p.40): “O direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se a sua função social.”

O instituto da propriedade é fruto de um longo e gradual processo histórico que ainda se compõe até os dias atuais. A princípio, o direito de propriedade era absoluto, natural e imprescritível. O levante revolucionário francês de 1789 conviveu com um modelo de propriedade sagrada que evoluiu até se chegar ao seu contorno contemporâneo, com um viés mais social e humanitário. Nesse sentido, delineiam o doutrinadores italianos Guido Alpa e Mário Bessone (1980, p. 01):

L'idea di proprietà – quella Che per convenzione linguistica si vuol denominara (proprietà borghese)- nasce già nelle costituzioni della Rivoluzione francese e si traraanda poi nel código napoleônico dei 1804 Nelle diverse costituzioni, però, non assume i medesimi contenuti. In particolare, in, in quella elaborata da Robespierre si possono già riscontrare accenni all'idea de (funzione sociale), e quindi ai superamento della concezione esclusivamente individualistica della nozione di proprietà.

³⁵ Considerando-se a semelhança entre os institutos da propriedade e posse civil, aplicar-se-á analogicamente à posse, o princípio da função social da propriedade. Razão porque, passa-se a falar em uma função social da “posse”.

Nessa conjuntura, tenta-se estabelecer a idéia de solidariedade social, a fim de remodelar o dogma liberal da liberdade, sobretudo econômica, com o objetivo de trazer alternativas para uma sociedade mais isonômica.

Assim, observa-se, na atualidade, uma mudança de paradigmas, caracterizada pelo temperamento dos ideais da Revolução Francesa. Passou-se a sublimar os vetores do Estado Democrático de Direito, da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, na realidade brasileira, para que o domínio de um bem da vida mereça o agasalho legal, precisa que se dê a destinação constitucional adequada aos objetivos eleitos pela Constituição Federal, quais sejam, reduzir as diferenças sociais; desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza entre outros (CF, art. 3º). Nesse sentido, orienta Aronne (1999, p. 204): “A função social da propriedade vem densificar o princípio da igualdade, cidadania e da dignidade da pessoa humana”.

Assim, as cartas constitucionais mais modernas insculpiram, entre os direitos fundamentais do ser humano, a pilastra da função social da propriedade. Nesse norte, a Constituição Federal Brasileira proclama no art. 5º, XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social”.³⁶ É o que ensina Stefano Rodota (1986, p. 216):

La propiedad no se sustrae al destino a um fin que trasciende al individuo: La función social no és tanto la característica típica como el concreto modo de manifestare de este fin supraordenado, manteniéndose así como um dado externo, aunque no eliminable.

Logo, a função social da propriedade mostra-se na atualidade como característica indissociável desse instituto, posto que deve ser protegida como um bem da vida a serviço das pessoas e não o contrário.

Nessa perspectiva, houve a relativização do instituto da propriedade, a punição do abuso desse direito e um sistema de desestímulos a terra improdutiva e utilizada fora dos desígnios constitucionais.

Hoje, entrevê-se, na posse, uma função socializante, que exige produtividade, redistribuição de renda, proteção ao meio ambiente natural e cultural. O desacato a essas exigências configurará abuso de direito e deverá ser desestimulado pelo Ordenamento. Aplica-se analogicamente ao instituto da posse o ensinamento trazido por Filomeno Moraes (2007, p.181):

³⁶ A função social da propriedade também está prevista no art. 170, inc. III, CF, como princípio da ordem econômica.

Nos dias atuais, como é o caso do Brasil, se o regime jurídico da propriedade cabe fundamentalmente ao Direito Civil, está envolto também numa teia de normas jurídicas administrativas, ambientais, urbanísticas, empresariais, tudo encimado pelas normas constitucionais. De fato, vê-se mesmo a constitucionalização do Direito Civil, pois, na esteira do constitucionalismo que vem desde 1934, a CF conferiu a propriedade determinações positivas e negativas, tudo no sentido de orientá-la para o bem-estar social.

Assim, não há como tratar o direito à propriedade/posse sem se ter em conta a sua função social, posto que, à medida que a sociedade vai ficando mais complexa, maior é o entrelaçamento de um instituto com os demais direitos demandados pela coletividade.

De outro lado, muito se observam casos em que pessoas exercem a posse, descumprindo a sua função social. São situações em que não se dá a destinação constitucional devida à área, seja por não lhes conferir produtividade, seja por praticar atos ilícitos ou quando se priva do acesso à terra àquelas pessoas que a Constituição destinou a posse permanente sobre a área.

Ora, se a função social de um instituto é exercida quando se seguem as previsões legais que lhe foram traçadas e, se a Constituição destinou às comunidades indígenas a posse permanente sobre suas áreas, em detrimento de qualquer outra pessoa, conclui-se daí que **só haverá a efetivação da função social da posse em terras de ocupação tradicional, quando essas forem ocupadas pelos indígenas.**

Esse argumento será uma importante arma para os casos em que pessoas não-índias, com título de propriedade, ingressem com ações de reintegração ou manutenção de posse em desfavor dos índios. Nesses casos, não se poderá destinar a posse aos particulares, mesmo quando estes tenham os elementos exigidos pelo Código de Processo Civil, para a concessão do interdito.³⁷ Faltar-lhes-á o principal elemento introduzido pela Constituição para que a sua posse seja protegida, qual seja, o exercício da propriedade/posse conforme a função social.³⁸

³⁷ “Art. 926 – O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho. Art. 927 - Incumbe ao autor provar: I – a sua posse; II – a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III – a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.”

³⁸ O detalhamento do instituto da função social da propriedade foge ao objeto dessa dissertação, contudo importante ressaltar a posição de Gilberto Bercovici (2005, p. 168), sobre o assunto: “A propriedade que não cumpre com sua função social perde também a proteção possessória – ou seja, a Constituição de 1988 tornou inviável, constitucionalmente, a concessão de reintegração de posse por liminar judicial nestes casos. Eros Grau vai mais longe, afirmando que a coerência leva-o a raciocinar que a propriedade que não cumpre sua função social deixa, inclusive, de ser propriedade”. Nesse pórtico, entende-se que a função social é algo vinculado à propriedade de tal modo que só cabe falar em propriedade se ela atende a função social. Constitui-se, o instituto da função social, muito mais que uma mera limitação ao direito de direito de propriedade, antes é um verdadeiro condicionamento à sua titularidade. Destarte, nosso Ordenamento condiciona o direito à um bem, ao seu exercício conforme a função social. Logo, a ausência da verificação da função social gera a perda da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade e posse.

Essa última situação configura a realidade dos indígenas do Brasil. Assim, os índios brasileiros, ao serem expulsos de suas terras por violência particular e governamental, foram preteridos em favor de particulares que não exercem a devida função social da posse.

Portanto, com muito mais razão, há que se exigir do particular com título sobre terras indígenas (que pode apresentar-se como proprietário, mas, jamais poderá ser legítimo proprietário ou possuidor sobre terra indígena) que se abstenha desta injusta e indevida usurpação.

4.3.3 Posse indígena e a terceira dimensão dos direitos fundamentais

Dando continuidade ao estudo, importante verificar a conjuntura histórico-política que predominou durante o evidenciamento dos direitos fundamentais de terceira geração. Nesse período, arrefecem as idéias intervencionistas do passado, gerando o que se convencionou chamar de pós-modernidade. Consoante a lição de Facchini Neto (2003, p. 24-25):

Nas últimas décadas, com intensificação a partir da queda do muro de Berlim, passamos a viver uma nova realidade. De fato, no mundo pós-moderno e globalizado, a gestão da economia deixou de ser um assunto apenas nacional, pois os Estados nacionais perderam boa parte de seu poder de regulamentação independente. Como afirmou Ralph Dahrendorf, a globalização está associada à exclusão social. Uma parte significativa da população parece ter perdido todo o contato com a cidadania. [...] Mas a denominada pós-modernidade também pode ser encarada otimisticamente. Jesus Ballesteros, por exemplo, identifica na pós-modernidade os seguintes valores: pluralismo cultural; ecumenismo (num sentido não-religioso); anti-etnocentrismo e anti-racismo; descolonização e anticolonialismo; pacifismo; **ecologismo**; feminismo; inalienabilidade de direitos (humanos); antipatrimonialismo; antivoluntarismo. (grifo proposital)

Percebe-se, nesses termos, que, posteriormente ao surgimento do Estado de bem-estar social, ressurge a ideologia de diminuição do Estado e da entrega da atividade produtiva para a iniciativa privada. É a fase do neoliberalismo, em que foi dado início às grandes reformas administrativas, v.g., privatizações, abertura do mercado e desregulamentações.

Nota-se, também, que a conjuntura política do fim do século é marcada pelo surgimento de grandes empresas que precisam expandir os seus mercados. O clima de competição econômica espalha-se pelo mundo. Para isso, é preciso diminuir as amarras impostas pela vinculação ao território nacional. Tudo isso induz para que as atitudes provocadas em um lugar atinjam pessoas que se encontram em outros pontos do planeta. Máxime, passam a atingir um número indefinido de pessoas. Para Paulo Bonavides (1996, p. 526):

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas ou subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então

desconhecida. Trata-se daquela que se assenta na fraternidade. Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século, enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Há primeiro, por destinatário, um gênero humano. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Portanto, observa-se a configuração da terceira dimensão dos direitos fundamentais, caracterizada pela necessidade de proteção dos direitos difusos³⁹. Essa classe de direitos caracteriza-se, basicamente, por uma indeterminação de titulares, haja vista que os seus efeitos se espraiam pela coletividade. Assim é o ensinamento de Kazuo Watanabe (GRINOVER, 1999, p. 720): “Na conceituação dos interesses ou direitos “difusos”, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica-base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo.”

Nesse contexto, verifica-se que o presente desenvolvimento histórico e o fortalecimento de uma nova dimensão de direitos conduziram à evolução interpretativa da posse do índio sobre suas terras. Assim, observa-se a concatenação dos direitos indígenas com os direitos difusos da terceira dimensão. Portanto, atualmente, quando se protege a posse indígena, também se preserva o interesse difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O conceito de meio ambiente, para José Afonso da Silva (2002, p. 20), há “de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e ecológico.”

Portanto, o meio ambiente abrange a idéia tanto de meio ambiente natural quanto de meio ambiente cultural. Ambos vêm a ser interesses constitucionalmente protegidos, quais sejam, este no art. 216, CF⁴⁰ e aquele no art. 225,⁴¹ CF. No que toca ao meio ambiente cultural, resguarda-se o patrimônio cultural brasileiro e reconhece-se o direito ao pluralismo.

³⁹ Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), “art. 81 [...] I- interesses ou direitos difusos, assim entendidos para os efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; [...]”

⁴⁰ CF, “art. 216 – Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; [...]; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.”

⁴¹ CF, “art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Nesses termos, meio ambiente cultural inclui todas as atividades humanas portadoras de referência à memória, à identidade, à ação dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (MILARÉ, 2004, p. 73-274).

Constata-se que a manutenção da posse das terras tradicionalmente ocupadas com os índios colabora para a preservação da memória cultural de um povo.

Verifica-se, assim, no art. 231, CF⁴², que disciplina a posse indígena, que há igualmente a preocupação constitucional de respeitar o meio ambiente natural e cultural dos índios. Ambos os elementos são igualmente importantes para a manutenção de uma vida digna e saudável para a comunidade indígena. Só com a preservação do habitat indígena e manutenção de seu meio cultural, haverá a consecução de um equilíbrio ambiental completo.

Portanto, o particular que se investe indevidamente em terras indígenas privando o índio da posse sobre seus quinhões tradicionais está atacando diretamente o meio ambiente cultural das populações nativas, posto que compromete o pleno desenvolvimento de seus costumes, a reprodução física e cultural desses povos.

Dessa forma, a importância de se proteger a posse das terras indígenas deve-se ao interesse nacional de ver preservada a história brasileira, através da conservação da memória dos seus primeiros grupos. Assim, quando se protege a posse de terras indígenas, está também zelando pelo interesse difuso de toda a coletividade.

Logo se a terceira dimensão refere-se a direitos difusos, reconhece-se então o direito difuso da sociedade brasileira de ver preservado o elemento humano indígena, com suas culturas e tradições, que integram, originariamente, a estrutura populacional nacional.

4.3.4 Posse indígena e a quarta dimensão dos direitos fundamentais

Paulo Bonavides (1996, p. 524) agrega uma quarta dimensão aos direitos fundamentais, decorrentes do avançar do sistema neoliberal:

O Brasil está sendo impelido para a utopia deste fim de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. O neoliberalismo cria, porém, mais problemas do que os que intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa e se

⁴² “Art. 231, §1º, CF: São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”

move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. A globalização política na esfera na normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração. São os direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao **pluralismo**. (grifo proposital).

Assim, verifica-se que os direitos de quarta dimensão nasceram da acentuação dos acontecimentos históricos iniciados pelo liberalismo e globalização. A consequência direta foi a acentuação da marginalização dos países e das pessoas que não conseguem se enquadrar no novo esquema de desenvolvimento capitalista. Nesse contexto, é preclara uma preocupação com os valores mundiais, tais como, a autodeterminação dos povos e o respeito às minorias. Portanto, torna-se cada vez mais forte a necessidade de implementação desses direitos para salvaguardar a convivência entre os povos.

Na formação de uma sociedade pluralista, não se deve pretender a uniformização dos grupos humanos. Antes, deve existir um sistema de proteção jurídica para que as minorias não sejam discriminadas face aos valores da classe predominante. É o que ensina Facchini (2003, p. 30): “Constantemente se acentua que o papel de uma constituição moderna não é aquela de simplesmente retratar a vontade comum de um povo, expressa pela maioria de seus membros, mas principalmente a de garantir os direitos de todos, inclusive contra a vontade popular.”

Portanto, a Constituição Federal deve propiciar um arcabouço normativo que preserve a diversidade e a cultura dos diversos grupos étnicos que compõem o povo brasileiro. Assim, conseguir-se-á a sua pacífica convivência. Nessa conjuntura, identifica-se o dispositivo que dispõe sobre a posse indígena, igualmente, como um direito fundamental de quarta geração.

Assim, quando se determina que a posse das terras de ocupação tradicional deve ser destinada aos indígenas, não se pretende apenas preservar o direito ao bem material. Antes, visa-se manter a identidade desse grupo humano, o direito a ser minoria e sua continuidade existencial.

Assim, antes da CF 88, via de regra, quando se concedia a demarcação das terras indígenas, não se tinha como objetivo fundamental a criação de um território para os povos indígenas. Nesse período, visava-se garantir que as terras ao entorno dos pequenos espaços demarcados ficassem desimpedidas para a alienação para particulares. Igualmente, a idéia inicial de terra indígena limitava-se, simplesmente, a um local que permitisse a sobrevivência física dos índios, quando retirados dos locais de desenvolvimento econômico, para evitar a sua

mortandade, causada devido, desde ao contágio de doenças, até impossibilidade de se manter nas grandes cidades. Contudo, essas terras não tinham sido pensadas como território. Hoje, contudo, é preciso pensar na idéia não só de uma superfície para os índios, mas também no investimento simbólico que os povos indígenas fazem sobre esse espaço. (SANTILLI, 2009)

Nesse diapasão, Jürgen Habermas (2007, p. 301-347) critica as soluções encontradas pelo liberalismo para preservação dos direitos das minorias, haja vista seu conteúdo genérico e egoístico não ser apropriado para solucionar, com justiça, todos os conflitos existentes na realidade. Parafraseamos, a seguir, o seu pensamento:

O pensamento liberal tem por objetivo proteger a liberdade do indivíduo enquanto cidadão da sociedade (liberdades subjetivas iguais para todos). Essa visão, porém, permite o surgimento de uma interpretação egoísta da liberdade. [...] A liberdade ética igual para todos cai em contradição consigo mesma no decorrer da execução do programa liberal, pois uma Constituição liberal garante a todos os cidadãos a igual liberdade de configurar sua vida seguindo os ditames de sua própria concepção do bom. [...] Daí a retomada pelo republicanismo, de uma idéia de liberdade ampliada intersubjetivamente e ligada ao papel de cidadão democrático (solidário, participativo). [...] Mesmo assim, a fusão entre cidadania do Estado e cultura nacional gera uma interpretação dos direitos dos cidadãos insensível às diferenças culturais. Por isso, no âmbito de sociedades pluralistas, quando se atribui precedência política a um bem comum impregnado politicamente em detrimento da garantia efetiva de liberdades éticas iguais, gera-se discriminação de modos de vida divergentes. [...] Direitos culturais decorrem da proteção à dignidade humana, pois deve-se assegurar ao homem igual acesso aos padrões de comunicação, às relações sociais, às tradições e condições de reconhecimento, os quais são necessários ou desejáveis para o desenvolvimento, a reprodução e a renovação de sua identidade pessoal. Daí assegura-se direitos coletivos (direitos de certos 'grupos de identidade'). [...] Direitos coletivos autorizam grupos culturais a manter recursos e a disponibilizá-los para que seus membros possam lançar mão deles a fim de formar e estabilizar sua própria identidade pessoal. [...] Assim, uma vez que o procedimento democrático faz a legitimidade das decisões depender das formas discursivas de uma formação inclusiva da opinião e da vontade, as normas destinadas a garantir iguais direitos só podem surgir quando se tem conhecimento dos fardos diferenciados que implicam e após a avaliação desses fardos. [...] Apenas o universalismo igualitário que exige iguais direitos, sem deixar de ser sensível às diferenças, tem condições de satisfazer as exigências individualistas que consistem em garantir equitativamente a integridade vulnerável do indivíduo que é insubstituível e cuja biografia é inconfundível.

Destarte, não se pode infligir às minorias o mesmo tratamento dado a totalidade da população civil. Sem a posse sobre as terras indígenas, pode haver a aceleração da dispersão dos índios e o comprometimento da manutenção dos seus costumes. A posse sobre o seu território é o meio mais eficiente que os índios dispõem para manter os traços que distinguem a sua etnia e a conseqüente convivência harmoniosa com a coletividade.

Contudo, ainda se observa, em parte da jurisprudência brasileira, um modo de argumentação extremamente lógico-formal que prejudica a melhor interpretação da legislação

pátria. Necessário se faz que se abra espaço, ainda que com responsabilidade e cautela, para os pontos de vistas valorativos tendentes a alcançar justiça material. (KRELL,200, p 47 e 50)

Portanto, o reconhecimento da posse indígena como um direito fundamental pode ser um instrumento jurídico eficaz para a pacificação social. Daí a importância do debate sobre a superioridade de prerrogativas que os direitos fundamentais vêm a ter dentro do sistema, posto que, cada vez mais, existem conflitos que envolvam a posse indígena em face de outros direitos fundamentais e que reclamam uma solução pelo Judiciário. Assim, a adoção dessa teoria sobre a natureza da posse indígena tem como fim auxiliar na sua efetivação.

Contudo, constata-se, na realidade jurídica nacional, certa falta de efetividade das normas, problema que afeta até mesmo os direitos fundamentais. Para Norberto Bobbio (1992, p.25-26), o problema da efetividade dos direitos⁴³ não é filosófico, mas jurídico e, em um sentido mais amplo, político. Continua o autor:

[...] Quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como – em certo sentido – resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução já não devemos mais nos preocupar [...]. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Em vista disso, para caminhar rumo à pacificação social, é preciso que os dispositivos jurídicos, máxime os mandamentos constitucionais “fundamentais”, tenham uma interpretação e aplicação adequada e gerem efeitos práticos na vida social.⁴⁴ Uma Constituição se torna inútil se não for efetivamente aplicada e respeitada pelos governantes e governados. (FACHIN, 1992, p.3)

É cediço que não é suficiente para compor os conflitos coletivos que se considere o direito dos índios sobre suas terras como um direito fundamental ou que essa norma possua eficácia material, ou seja, tenha a potencialidade de produzir efeitos no Ordenamento Jurídico. Cita-se o pensamento de Fernando Matos (2008, p. 131) a respeito:

⁴³ O presente raciocínio de Bobbio sobre efetividade refere-se, *a priori*, aos direitos humanos. Contudo, entendemos que esse raciocínio também é adequado para os direitos fundamentais.

⁴⁴ A Constituição é um meio e nunca um fim em si mesma. Não se pode alimentar a ilusão de que a força operante das normas constitucionais podem evoluir a conjuntura social. A situação é outra: os preceitos constitucionais servem para ordenar a realidade circundante a depender da interpretação que se lhes atribuem.

O reconhecimento constitucional das diferenças socioculturais indígenas representa um marco libertatório na histórica trajetória de negação e invisibilidade dos povos indígenas brasileiros. Entretanto reconhecer somente no plano formal a natureza plural e multicultural que conforma a sociedade brasileira não é tudo. É necessária a efetivação dos direitos diferenciados, pelo exercício e pela construção de espaços de lutas pelos direitos mediados pelo diálogo intercultural.

Logo, só a roupagem diferenciada de um mandamento não conduzirá a sua operatividade. É preciso que o Estado, principalmente nas suas funções executivas e judiciárias, venha, realmente, cumprir as normas protetoras da posse indígena, a fim de produzir eficácia social e buscar transformações na realidade brasileira.

A partir do capítulo 5, será analisada a posição do Supremo Tribunal Federal, acerca dos direitos indígenas sobre suas terras, bem como trazer alguns entendimentos do restante do Judiciário brasileiro, na primeira instância e nos tribunais superiores, a fim de conferir na prática a questão da operatividade dessas normas.

5 PERSPECTIVAS ATUAIS DO DIREITO DOS ÍNDIOS À POSSE DE SUAS TERRAS

O presente estudo tem tentado demonstrar, até aqui, entendimento acerca da posse indígena, a partir da precisão do conceito de índio, da evolução da legislação constitucional e ordinária, da sua qualificação como um direito originário (indigenato), do aspecto de tradicionalidade da ocupação, da diferenciação da posse civil e da sua inclusão no rol dos direitos fundamentais.

Em vista disso, é importante verificar o posicionamento do STF sobre a matéria, já que este órgão é a última instância de decisão na seara jurídica.

Como caso paradigmático, no qual as variáveis abordadas ao longo do trabalho são cogitadas, focar-se-á a decisão judicial sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS). Trata-se de um caso emblemático para a história da luta pelos direitos indígenas em nosso país, seja pela dimensão da área que ocupa, seja pela repercussão internacional que alcançou, ainda pelo envolvimento de entes federados de diversos níveis mas, principalmente, pela influência interpretativa que essa decisão poderá vir a causar.

5.1 Histórico do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol

Remonta à data de 1977 o início do procedimento administrativo de delimitação e demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Contudo, em face da não-convergência de interesses políticos, somente em 1993, a FUNAI concluiu os seus trabalhos antropológico-fundiários e reconheceu uma área de 1.678.800 hectares como pertencente aos povos Macuxi, Patamona, Tauperang e Wapichana da Raposa Serra do Sol.¹

¹ Todos os dados fáticos e processuais sobre o caso TIRSS, descritos nesse tópico, foram extraídos do site da Fundação Nacional do Índio. (FUNAI, 2009, on line)

Em continuidade ao procedimento², foi expedida uma primeira portaria pelo então Ministro da Justiça, Nélson Jobim, em que, mesmo tendo julgado improcedentes as contestações administrativas dos particulares a essa demarcação, diminuiu-se a área indígena objeto da demarcação. A essa decisão seguiram-se divergências, até que, em 11 de dezembro de 1998, o Ministro da Justiça seguinte, Renan Calheiros, expediu a Portaria MJ n.º. 820, confirmando o montante originário da área, previsto pela FUNAI. Em 1999, a demarcação física da Terra Raposa Serra do Sol foi efetuada, restando apenas a homologação presidencial do ato administrativo.

Nada obstante, várias ações judiciais passaram a ser interpostas a fim de anular esse procedimento de demarcação. Dentre elas, ações possessórias, anulatórias, ações populares etc. Muitas delas tiveram seus pedidos liminares aceitos para retirada dos índios dessa terra.

Nessa conjuntura, a Procuradoria Federal (Advocacia-Geral da União), com atribuição sobre a FUNAI, e o Ministério Público Federal lutavam através de uma Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal para o sobrestamento das ações e a suspensão das medidas cautelares, no que foi atendido pelo STF. Posteriormente, em junho de 2006, com o

² Citam-se aqui alguns dos principais dispositivos legais que regem o procedimento de delimitação e demarcação das terras indígenas: Lei n.º 6.001, de 19.12.1973 – Estatuto do Índio: “Art. 19. § 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço de Patrimônio da União (S.P.U.) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.” Decreto n.º 1.775, de 08.01.1996: “Art. 2º A demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação. § 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação. [...] § 7º – **Aprovado o relatório pelo titular do órgão de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.** § 8º – Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localizem a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior. [...] § 10º Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá: I – declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação; II – prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias. [...] Art. 5º A demarcação das terras indígenas, obedecido pelo procedimento administrativo deste Decreto, será homologado mediante decreto. Art. 6º. Em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

juízo das Reclamações 2833, 3331 e 3813, houve a avocação de competência pelo STF, de todas as ações acerca da T I. Raposa Serra do Sol.

Ressalta-se que, nesse ínterim, havia uma Reclamação perante a Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos em que se pleiteava a rapidez na conclusão do procedimento de demarcação.

Por fim, foi editada para o processo de demarcação uma nova **Portaria, nº 534/2005, do Ministro da Justiça**, Márcio Thomaz Bastos, em substituição à Portaria nº 820, anterior, com a intenção de sanar vícios passados. Em seguida, houve a sua **homologação pelo Presidente da República através do Decreto de 15 de abril de 2005**.

Nesse contexto, o STF julgou as Reclamações até então interpostas, decidindo pela extinção de todos os processos relativos à Terra Indígena Raposa Serra do Sol, dado a perda de objeto, ou seja, porque a Portaria nº 820 deixou de existir.

Posteriormente, foi interposta uma **ação popular para declaração de nulidade do procedimento administrativo (Pet 3.388)**. Dessa vez, tendo como objeto a portaria MJ nº 534/2005 e o decreto presidencial homologatório. O seu **juízo declarou a constitucionalidade do processo administrativo de demarcação da TIRSS** e também inseriu, no dispositivo, salvaguardas institucionais para a demarcação.³ Trata-se do processo cujo juízo final decidiu o destino da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

³ Pet 3388 / RR - RORAIMA PETIÇÃO Relator (a): Min. CARLOS BRITTO Juízo: 19/03/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. **Publicação** DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009.EMENT VOL-02375-01 PP-00071. **Parte(s)** REQTE.(S): AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO ADV.(A/S): CLÁUDIO VINÍCIUS NUNES QUADROS.ASSIST.(S): FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI .ADV.(A/S): ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS E OUTROS REQDO.(A/S): UNIÃO. ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO- DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. (grifo proposital). (BRASIL, 2009, p. 01)

Esse processo teve seu julgamento iniciado em agosto de 2008 e a sua conclusão somente se deu em março de 2009. Já a publicação do seu acórdão ocorreu em setembro de 2009. O processo é composto por 55 (cinquenta e cinco) volumes e o seu acórdão possui mais de 700 (setecentas) páginas. Destaca-se, dentre os vários pontos do presente julgamento, a ordem de imediata extrusão dos não índios da TIRSS, antes mesmo que fosse publicado o acórdão (setembro de 2009) ou que se desse o trânsito em julgado da decisão. Trata-se de um comando novo, posto que antecipa os efeitos da decisão. Por fim, anota-se que a extrusão terminou em junho de 2009. (HOFF, 2009)

Do exame dessa decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, vê-se ilustrada a aplicação, ao caso concreto, das normas constitucionais e dos posicionamentos protetivos do direito dos índios à posse de suas terras.

Porém, há alguns pontos no acórdão que, a princípio, não beneficiam os interesses dos índios. Cita-se, para fins de ilustração, a condicionante que impede a revisão de demarcação de terra indígena efetuada após a CF 88. Nesse caso, surgem questionamentos se essa determinação se refere apenas ao caso da TIRSS ou a todas as terras indígenas (esse ponto será melhor analisado posteriormente).

Contudo, mesmo com esses pontos obscuros a Advocacia-Geral da União (através de suas Procuradorias), não interpôs embargos de declaração. A razão para isso, deveu-se ao fato de que embora esses embargos pudessem trazer esclarecimentos, também poderia vir somado, alguns prejuízos. Pois, o STF tanto poderia dizer que não tinha efeito abrangente como poderia deixar expresso que a decisão referia-se a todas as terras indígenas. Então, optou-se por se deixar que a Consultoria-geral da União (órgão da AGU) aclarasse e estabelecesse os rumos a ser tomados em outros casos, sem desrespeitar a decisão judicial e ouvindo os órgãos interessados. (HOFF, 2009)

A finalidade maior deste capítulo é realizar um comparativo entre os argumentos defendidos nesta dissertação com o posicionamento do STF, a partir do caso emblemático da TIRSS. Contudo, é importante analisar antes, os efeitos das 19 (dezenove condicionantes), haja vista sua imbricação com o caso.

5.2 As dezenove condicionantes aplicadas para o caso Raposa Serra do Sol e suas implicações para o trato futuro dos direitos dos índios à terra

O julgamento final do processo judicial acerca da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi amplamente favorável aos interesses indígenas, posto que indeferiu o pleito de nulidade do processo administrativo sobre essa área e reconheceu a aplicabilidade de diversos dispositivos indigenistas. Contudo, também subordinou a constitucionalidade desse processo administrativo, ao seguimento de algumas condicionantes.

Tais parâmetros obrigatórios, impostos pelo STF, a serem obedecidos pelo processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ficaram conhecidos como “as 19 (dezenove) condicionantes”, ora descritos resumidamente⁴:

- 1 O usufruto das riquezas das terras indígenas poderá ser relativizado sempre que houver interesse relevante da União;
 - 2 O usufruto indígena não abrange o aproveitamento dos recursos hídricos e potenciais energéticos;
 - 3 O usufruto indígena não alcança as riquezas minerais;
 - 4 O usufruto indígena não abrange a garimpagem e a faiscação;
 - 5 O usufruto indígena não se sobrepõe à defesa nacional, à instalação de postos militares e a expansão estratégica da malha viária;
 - 6 A atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal, na área indígena, se dará independente de autorização da FUNAI ou da comunidade indígena;
 - 7 O usufruto indígena não impede a construção de vias de comunicação e redes de transporte e postos para serviço público da União;
- Atribuem ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, os três itens a seguir:
- 8 A fiscalização do usufruto dos índios nas suas terras que coincidam com ‘áreas de conservação’;
 - 9 A administração dessas “unidades de conservação”, dentro de terras indígenas;
 - 10 A estipulação da forma de visita de não-índios em “unidades de conservação”, dentro de terras indígenas;
 - 11 Deve ser admitido o ingresso de não-índios na terra indígena, com autorização prévia da FUNAI;
 - 12 A comunidade indígena não poderá cobrar pelo ingresso de não-índios em suas terras;
 - 13 A comunidade indígena também não poderá cobrar por instalação de redes elétricas ou construção de vias, públicas, em suas terras;
 - 14 As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou outro negócio que restrinja o usufruto dos índios;
 - 15 É vedada, a qualquer pessoa estranha à comunidade indígena, a prática de pesca, caça, coleta de frutos, agropecuária ou extrativa;
 - 16 O patrimônio indígena goza de imunidade tributária;
 - 17 É vedada a ampliação de área indígena já demarcada;**
 - 18 O direito dos índios sobre suas terras é imprescritível, inalienável e indisponível
 - 19 É assegurada a participação dos entes federados na demarcação das terras indígenas. (BRASIL, 2009, p.19)

⁴ A redação das 19 condicionantes, aqui apresentada, sofreu ligeiro resumo para fins didáticos, tentando-se tomar o cuidado de não modificar o sentido. Contudo, a decisão sobre a TIRSS, com a redação original das 19 condicionantes está anexa a esta Dissertação.

No presente estudo, procurar-se-á entender as condicionantes apenas de uma forma geral, sem se debruçar sobre a interpretação de cada uma, isoladamente. Nesse contexto, pelo caso prático que gerou, será tomada, como exemplo, a **condicionante número 17, qual seja, a que estabelece a vedação da ampliação de área indígena já demarcada.**

A estipulação dessas 19 condicionantes gerou certa polêmica quanto a sua repercussão fora do processo. Destarte, começou-se a especular sobre a possibilidade de invocá-las em outros processos referentes a outras terras indígenas.

A consequência de se acatar a obrigatoriedade dessas condicionantes em outras terras indígenas seria que aquelas passariam a ter força normativa perante toda a Ordem Jurídica, inclusive revogando leis anteriores que lhe fossem contrárias.

Nessa linha de pensamento, foi interposta pela Agropecuária Fazenda Brasil Ltda., a **Reclamação constitucional nº 8070 perante o STF**, a fim de declarar liminarmente a nulidade da portaria do presidente da FUNAI que constituía grupo técnico para a revisão dos limites da Terra Indígena Wawi. A autora fundava o seu pleito na decisão do STF, ora debatida, sobre a ação popular na TIRSS, segundo a qual, a condicionante n.º 17 proibia a revisão de área indígena já demarcada. Contudo, em julgamento liminar no dia 16 de abril de 2009, o ministro Carlos Ayres Brito não aceitou o presente argumento, como se vislumbra do trecho de seu voto:

Feito esse aligeirado relato da causa, passo à decisão. Fazendo-o, pontuo, de saída, não estarem presentes os requisitos para a concessão da liminar. É que há dúvida quanto ao próprio cabimento desta reclamação, uma vez que ação popular não é meio processual de controle abstrato de normas, nem se iguala a uma súmula vinculante. (grifo proposital) (BRASIL, 2009, p. 03)

Concorda-se, integralmente, com o referido posicionamento do STF. A ação popular é um “remédio constitucional”, com fins e rito próprio⁵, que não se confunde com outros instrumentos jurídicos. Extrai-se do inciso LXXIII da Constituição Federal:

Art. 5º, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custos judiciais e de ônus da sucumbência;

⁵ A norma que disciplina a ação popular é a Lei n.º 4.717/65.

Assim, esse remédio constitucional visa facilitar o acesso jurídico do cidadão para intervir nos destinos do seu país e exercer a soberania popular. Refere-se a um meio processual para discussão daquelas questões de Estado, tais como a fiscalização do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente natural e cultural, dentre outros.

Sobre essa garantia fundamental, dispõe Hely Lopes Meirelles (1997, p. 87) que trata-se de um remédio constitucional à disposição de qualquer cidadão, individual ou coletivamente, para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados- ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.

Quanto aos efeitos da ação popular, esses devem ser concedidos sempre se levando em consideração os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. No que toca aos limites objetivos da coisa julgada, referem-se à parte específica da sentença que fica acobertada pela intangibilidade e não pode vir a ser modificada em outros processos, conforme ensina o professor Alexandre Freitas Câmara (2006, p. 490): “Trata-se da verificação do alcance da imutabilidade e da indiscutibilidade da sentença transitada em julgado, vista em seu aspecto objetivo. Em outras palavras, o que se busca aqui é saber o que transitou em julgado.”

Assim, a identificação dos limites objetivos da coisa julgada se faz importante para saber o que não pode sofrer nova revisão. Isso foi definido pelo Código de Processo Civil (CPC), por eliminação, ao definir o que outro juiz pode decidir novamente em novo processo:

Art. 469 - Não fazem coisa julgada:

- I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Sobre esse artigo de lei, comentam Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior (2006, p. 612):

A sentença é composta por três partes distintas: relatório, fundamentação e dispositivo (CPC 458). Somente na parte dispositiva da sentença, na qual o juiz decide efetivamente o pedido (lide), proferindo um comando que deve ser obedecido pelas partes, é alcançada pela coisa julgada material (autoridade da coisa julgada).

Nesses termos, importa informar que os limites objetivos da coisa julgada incem sobre o dispositivo da decisão, ou seja, na parte da decisão que efetivamente decide o pedido do autor e, por conseguinte, resolve a lide.

No caso TIRSS, as 19 condicionantes estão inseridas no dispositivo do acórdão. Portanto, entende-se, a um primeiro momento, que essas foram abrangidas pelos limites objetivos da coisa julgada. Tal fato significa as condicionantes estão inseridas no núcleo da decisão que não pode ser alterado dentro desse processo.

Contudo, é imperioso anotar que essa imutabilidade atingirá apenas aqueles que foram “partes” na ação popular sobre a TIRSS. Para entender essa circunscrição dos efeitos, é de se perquirir pelos limites subjetivos da coisa julgada, a fim de saber sobre quais sujeitos essas condicionantes são aplicáveis e imutáveis.

Regra geral, os limites subjetivos da coisa julgada referem-se aos sujeitos da ação. Assim, a decisão somente poderá vincular aquelas pessoas que fizeram parte da relação jurídica originária, ou seja, aquelas pessoas que foram citadas e tiveram a oportunidade para manifestar-se no processo.⁶

Contudo, contemporaneamente, fala-se no arrefecimento da teoria dos limites subjetivos da coisa julgada em face das ações que, por sua natureza, tem efeito *erga omnes*, tal como a presente ação popular. Nessa classe de *petitum*, a força da decisão obriga até mesmo quem não foi citado para participar do feito.

Nesse sentido, orientam os professores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover (CINTRA, 2001, p.310):

O dogma da limitação subjetiva da coisa julgada às partes vem sendo rompida, no processo moderno, nas ações coletivas ajuizadas em defesa de interesses metaindividuais (ambiente, consumidor, etc.). No Brasil, após a coisa julgada da ação popular (art. 18 da lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965), a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985) e, por último, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) vieram ampliar os limites subjetivos da coisa julgada, estruturando-os de acordo com o resultado do processo, ou seja, *secundum eventum litis* (art.103, CDC, aplicável à Ação Civil Pública por força do novo art. 21, desta, introduzido pelo Código). Assim, conforme o caso, a autoridade da sentença poderá alcançar a todos, para beneficiá-los ou prejudicá-los – salvo no caso de improcedência por insuficiência de provas -, ou ser utilizada apenas em favor dos membros da classe, sem possibilidade de prejudicar suas pretensões individuais.

⁶ Código de Processo Civil (CPC), “Art. 472 - A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros [...]”

Em relação a esse ponto, por se tratar de ação popular, seus efeitos são *erga omnes*. Assim, existe a possibilidade da ação popular atingir outras pessoas que não foram citadas no processo. Exemplifica-se como nos casos em que um sujeito pede a anulação de um ato. Essa anulação atingirá a todos que eram afetados pelo “mesmo ato jurídico”, mesmo que não tenham sido citados no processo. Contudo, essa possibilidade deve ser entendida com limitações.

Portanto, esse alargamento atinge apenas aquelas pessoas que fizeram parte da mesma relação de fato ou jurídica, que os sujeitos originários do processo. No caso da presente ação popular, seria o caso daqueles outros proprietários⁷ na TIRSS, que eventualmente não fizeram parte do processo. Essas pessoas poderiam invocar a aplicabilidade da aludida decisão.

Dessa feita, para a decisão fazer efeito em pessoas estranhas ao contraditório, é imperioso que todos estejam jungidos ao mesmo objeto que fora discutido no processo. Assim, não se admite que a decisão de uma ação se torne norma para outros casos em que envolvam pessoas sem nenhum vínculo jurídico e refiram-se a bens da vida totalmente diversos.

Logo, o que se admite é que a decisão da ação popular ora debatida abranja a todos os proprietários atingidos pela portaria demarcatória da TIRSS, mesmo que não participantes do contraditório. Isso porque eles têm uma relação jurídica⁸ em comum. Contudo, não obrigará aos envolvidos em outras áreas indígenas, não discutidas no processo.

Pelo exposto, no que tange à teoria dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, a decisão da ação popular não tem a capacidade de vincular os sujeitos da Reclamação nº 8070. Portanto, não se pode alegar que o tema da revisão de demarcação foi proibido em outra ação. Da mesma sorte, essa ação popular não pode ser invocada como paradigma para qualquer outra ação judicial que incida em terra indígena diversa, posto que seus limites objetivos e subjetivos só dizem respeito ao caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Agrega-se, nesse ínterim, que a aludida ação popular não poderá ser utilizada para estabelecer regras gerais para outras relações jurídicas, ou seja, em diferentes terras indígenas, posto não ter sido esse o objeto da ação popular em exame.

⁷ Utiliza-se, nessa dissertação, simplificada e o termo “proprietários” para se referir aos detentores de títulos de propriedade sobre a área. Contudo é importante lembrar que a CF considera nulos, tais títulos de domínio sobre terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

⁸ A expressão “relações jurídicas” deve ser compreendida aqui como diversa de “relação processual”, posto que essa pressupõe que as partes estejam litigando em juízo, já aquela refere-se aos casos em que há direitos em comum, muito embora não se esteja compondo um pólo do processo.

Hely Lopes Meirelles (1986, p. 369) já orientava sobre o perigo e impossibilidade de se utilizar a ação popular para outros fins diversos do previsto constitucionalmente: “Hoje é ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência que não cabe ação popular para invalidar lei em tese, ou seja, a norma geral, abstrata, que apenas estabelece regras de conduta para a sua aplicação.”

Observa-se que o motivo do raciocínio do autor é a impossibilidade de se usar a ação popular como uma forma de se estabelecer normas genéricas, que vinculem, indistintamente, pessoas de diferentes relações jurídicas. Assim, onde existem as mesmas razões também deve ser aplicado o mesmo raciocínio, o que só vem a confirmar a linha de raciocínio do STF, na Reclamação 8070, que afirma que o tipo de processo que admite a emanção de tais regras gerais seriam aqueles de controle de constitucionalidade abstrato.

Assim, nas **ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, (controle abstrato)**, a própria lei prevê a vinculação dos demais Poderes e dos particulares, ao comando das declarações de constitucionalidade. É o que se verifica da Constituição Federal:

Art. 102 [...], §2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Essa característica é própria de um controle abstrato ou por via de ação, que obviamente não se confunde com o ocorrido no caso em exame, que foi trazido a juízo por meio de uma ação popular.

Nesses termos, observa-se que as dezenove condicionantes não resultou de um controle de constitucionalidade “abstrato”⁹, mas um controle de constitucionalidade “incidental”¹⁰ dentro de uma ação popular.

Da apreciação da presente ação popular (Pet. 3388), verifica-se que se julgou procedente em parte o pedido de inconstitucionalidade da portaria do Ministro da Justiça que demarca a TIRSS.

⁹ Transcrevemos as palavras de Alexandre de Moraes (2006, p. 577), a respeito do controle abstrato, a quem chama também de controle concentrado ou por via de ação direta: “Através deste controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independente da existência de um caso concreto.”

¹⁰ Também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal. (MORAES, 2006, p. 561)

Assim, prevaleceu a constitucionalidade da portaria demarcatória, desde que condicionada ao cumprimento de 19 (dezenove) requisitos. Transcrever-se-á uma parte do dispositivo:

[...] julgou-a o Tribunal parcialmente procedente, nos termos do voto do Relator, reajustado segundo as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinando que sejam observadas as seguintes condições[...] (BRASIL, 2009, p. 19)

Dessa feita, é preciso deixar claro, desde o início, que o objeto da ação popular era a declaração de inconstitucionalidade da portaria demarcatória, especificamente, da TIRSS. Não se referia, portanto, a outras terras indígenas. Não se trata de apego às formas ou ao nome dado à ação. Acontece que o objeto da ação popular invocada versava especificamente sobre a TIRSS. Portanto, não há como estender os efeitos de uma terra indígena para outras que sequer foram estudadas.

A fim de sanar de vez qualquer dúvida decorrente dos meandros do controle de constitucionalidade e a eficácia *erga omnes*, passa-se a tecer alguns comentários para reforçar a impossibilidade de controle de constitucionalidade através de ação popular.

Conforme entendimento legislativo e doutrinário pacífico, o controle de constitucionalidade, por via de exceção, é caracterizado por sua eficácia *inter partes*.¹¹ Assim a regra geral seria que só aquelas pessoas que tiveram oportunidade de participar do contraditório seria atingidas pela decisão. Nada obstante, as condicionantes de constitucionalidade foram declaradas em sede de ação popular, que, por sua natureza, teria eficácia *erga omnes*. Portanto, haverá que se investigar qual o efeito (*inter partes* ou *erga omnes*), que prevalecerá nos casos em que o controle de constitucionalidade incidental for realizado em sede de ação popular. Bem com há que se investigar quem são as pessoas atingidas se os efeitos forem *erga omnes*.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito da impossibilidade de se conseguir efeito *erga omnes* para o controle de constitucionalidade, usando para isso a via da “ação civil pública”.¹²

¹¹ Ao tratar sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF no controle incidental, Alexandre de Moraes (2006, p. 565), dispõe: “[...] tais efeitos *ex tunc*, (retroativos) somente tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração”.

¹² Será trazido o entendimento do STF sobre os efeitos *erga omnes* da ação civil pública, haja vista a sua semelhança com a ação popular, tentando-se assim, uma aplicação analógica da posição jurisprudencial.

Nesse contexto, entende o STF (1996, p. 34) que não se pode querer conferir eficácia *erga omnes* a um controle incidental, utilizando-se, para isso, do artifício de veicular a pretensão por via de ação civil pública. Haveria aí uma desobediência à competência, legitimidade e uma série de requisitos do rito próprio da ação direta de inconstitucionalidade.¹³

Contudo, o STF excepciona os casos em que o controle de constitucionalidade, em ação civil pública, postula “direitos individuais homogêneos.” Nesses casos, o STF entende que os efeitos *erga omnes* abrangerão somente os participantes da “relação jurídica”, ainda que não citados no processo. Assim, não haveria extensão dos efeitos para as pessoas que não fizessem parte da relação jurídica. Citaremos os comentários de Alexandre de Moraes (2006, p. 567), a esse entendimento do STF:

Em conclusão, o que se pretende vedar é a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, de forma a retirar do Supremo Tribunal Federal o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal. Essa vedação aplica-se quando os efeitos da decisão da ação civil pública forem *erga omnes*, independente de tratar-se de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Por outro lado, não haverá qualquer vedação à declaração incidental de inconstitucionalidade (controle difuso) em sede de ação civil pública, quando conforme salientado pelo Pretório Excelso, 'tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo'.

Assim, somente quando se tratar de direitos individuais homogêneos, será possível que pessoas que não tenham sido citadas na ação popular, mas que sejam titulares da mesma relação jurídica, sejam atingidas pelo controle de constitucionalidade.

Para fins de diferenciação entre direitos individuais homogêneos, direitos coletivos e direitos difusos, cita-se o conceito legal trazido pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Art. 81 [...] I- interesses ou direitos difusos, assim entendidos para os efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II- interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III- interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹³ A norma que versa sobre a ação direta de inconstitucionalidade em sede do STF é a Lei 9.868/99.

Kazuo Watanabe (GRINOVER, 1999, p.729) resume com muita clareza o que vem a ser direitos individuais homogêneos: “[...] Individuais em sua essência, sendo coletivos apenas na forma em que são tutelados”.

Logo, tal abrangência não é irrestrita, pois esses efeitos só irradiarão aquelas pessoas que tenham direitos individuais e divisíveis, contudo decorrentes de uma origem em comum.

Portanto, entende-se que os direitos dos portadores de títulos de propriedade sobre a TIRSS configuram-se como direitos individuais homogêneos, haja vista possuírem todas as características dessa classe. Assim, são individuais porque estão sobre a titularidade de cada um dos proprietários, já que cada qual se julga dono uma gleba determinada. São divisíveis porque podem ser protegidos por cada qual sem necessária intervenção dos demais. E ainda estão ligados por uma relação em comum, qual seja, possuírem títulos dominiais na TIRSS.

Para que se configurem os direitos individuais homogêneos, é preciso haver uma relação jurídica em comum que ligue os integrantes de um dos polos da demanda. Assim, o fato de possuírem títulos de propriedade sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, faz com que a sentença atinja apenas a um grupo determinado, o que configura uma relação de direitos individuais homogêneos. Portanto, não há como proprietários de outras terras indígenas invocarem a obrigatoriedade de aplicação das dezenove condicionantes em suas áreas, pois os proprietários de outras terras indígenas não possuem direitos individuais homogêneos em comum com os proprietários da TIRSS.

Portanto, no caso dos direitos dos índios, direito fundamental gravado da maior importância constitucional, não se pode entender que o Supremo pretende abranger etnias, não citadas no processo, com as condicionantes presentes no dispositivo de outro feito judicial.

Outros argumentos somam-se para a defesa de que o dispositivo da ação popular TIRSS obriga apenas as partes dessa relação jurídica. Assim, em nenhum momento na ação popular, o STF manifestou-se de forma expressa pela extensão dos efeitos às demais causas indígenas. Tal fato verifica-se no dispositivo do acórdão, antes de iniciar o elenco das condicionantes: “[...] Segundo as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, declarou constitucional a demarcação contínua **da Terra Indígena Raposa Serra do Sol** e determinou que fossem seguidas as seguintes condições: [...]” (grifo proposital) (BRASIL, 2009, p. 19)

Assim, diferente é a situação de quem não possui nenhuma relação jurídica com os sujeitos originários do processo. Essas pessoas não são alcançadas pela decisão judicial de outro caso. Logo, no caso da retromencionada Reclamação nº 8070, que trata da revisão dos limites da Terra Indígena Wawi, verifica-se que a presente terra não está mencionada no dispositivo da ação popular TIRSS (Pet 3388).

Agrega a esse entendimento, a apreciação do contexto das demais condicionantes. Destarte, as condicionantes 8, 9 e 10 atribuem ao Instituto Chico Mendes, nos casos em que houver “unidades de conservação” dentro de terra indígena, a fiscalização do usufruto indígena, a administração e a regulação das visitas de não-índios.

Destarte, observa-se que as condicionantes 8, 9 e 10 não têm um cunho genérico ou de aplicação abstrata a todas as terras indígenas do território nacional, porque o conteúdo delas é sobremaneira específico e direcionado somente para a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Assim, quando o dispositivo da sentença atribui ao instituto Chico Mendes uma dada missão, a conclusão é de que as condicionantes tratavam somente das áreas daquela região objeto da ação popular, pois seria fisicamente impossível se esperar que tal instituto cobrisse todo o país. Pelo delineado, a mesma conclusão deve ser estendida para as demais condicionantes, ou seja, as condicionantes foram pensadas só para o processo em que foram exaradas. A sua eficácia fora do processo nunca poderá ser vinculante, mas eventualmente interpretativa.

Agrega-se que, nesse caso, uma interpretação extensiva das condicionantes, além de ir contra a realidade dos fatos, vai contra todas as regras primárias do Direito. Desse modo, não se deve usar uma interpretação extensiva para as hipóteses de diminuição dos direitos de outrem, máxime quando se trata de um direito fundamental, bem como de um grupo étnico que possui toda uma disciplina jurídica no seio constitucional.

Assim, o julgamento da presente ação popular sobre a TIRSS é um valioso vetor interpretativo para a legislação indigenista. Contudo, não tem efeito vinculante, posto que essa força só poderia se extrair de uma ação de controle de constitucionalidade abstrato ou da expedição de uma súmula vinculante. Assim, só com o decorrer do tempo, saber-se-á se o STF vai compartilhar o entendimento desse julgamento para outros casos.

Todavia, informa-se que, após ser exarada a retromencionada decisão do Min. Carlos Brito na Reclamação 8070, que entendia pela inadequação da ação popular como forma de controle abstrato de normas, o peticionante requereu desistência da Reclamação, no que foi

homologado pelo STF. Atualmente, o presente processo encontra-se extinto, com trânsito em julgado e arquivado. (BRASIL, 2009). Essa postura reflete a coerência com o pensamento jurídico defendido por este estudo.

Pelo exposto, infere-se o entendimento adotado por este trabalho, qual seja, as condicionantes impostas à demarcação da Terra Raposa Serra do Sol não se estendem à demarcação das demais terras ou nos demais processos judiciais estranhos ao caso TIRSS. Esse posicionamento foi extraído do cotejo das duas decisões do STF, qual seja, a ação popular acerca do caso Raposa Serra do Sol e a Reclamação que a invocou como paradigma

5.3 Fundamentos da decisão do caso Raposa Serra do Sol

O Supremo Tribunal Federal resguardou, nesse julgamento, as disposições constitucionais definidoras dos direitos dos índios. Exercendo a função de guardião da Constituição, seria de admirar que se esquivasse de dar cumprimento efetivo às determinações constitucionais. Assim, esse órgão procurou assegurar o direito territorial dos indígenas, considerando, absolutamente, a especialidade desse direito, sem enveredar a sua interpretação pelos elementos relativos à posse e propriedade estabelecidos no direito privado. Indiscutivelmente, esse acórdão do Supremo Tribunal Federal influenciará, em muitos aspectos, a interpretação das normas constitucionais definidoras dos direitos territoriais dos índios, para que tais direitos sejam respeitados e assegurados com plenitude.

Dessa forma, serão trazidos alguns fundamentos da presente decisão do Supremo Tribunal Federal que corroboram com alguns entendimentos defendidos até aqui por este trabalho.

5.3.1 O significado do substantivo “índios” na Constituição Federal

O Supremo Tribunal Federal trouxe o seu entendimento sobre aqueles que podem ser considerados como indígenas. Essa definição é importante para delimitar quais são as pessoas detentoras de uma proteção constitucional especial.

O substantivo 'índios' é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. (BRASIL, 2009, p. 02)

Consoante o Supremo, não é obrigatório que o índio viva isolado do convívio da sociedade para ter os seus direitos especiais protegidos. Logo, também poderão ser consideradas indígenas, para fins de salvaguarda constitucional, aquelas pessoas índias que estão em contato com o restante da sociedade. Entendimento coincidente com o defendido no Capítulo 1.

Este trabalho lembra, contudo, que os índios devem possuir uma ascendência pré-colombiana, manutenção de uma cultura peculiar, reconheçam-se como índios e sejam chancelados pela comunidade indígena, como tal.

Essa pacificação acerca do conceito de índio, pelo Supremo, vem a trazer luzes aos inúmeros questionamentos judiciais em torno da verdadeira etnicidade de comunidades indígenas. Observamos, no dia-a-dia forense, que o Judiciário¹⁴ tem atravancado inúmeros processos administrativos de demarcação de terras. O argumento utilizado é que a discussão sobre a etnicidade de determinada comunidade indígena foi jurisdicionalizada, portanto deve-se aguardar até que, um dia, o Judiciário venha a decidir a questão para daí reiniciar o processo administrativo.¹⁵

¹⁴ É de se informar, conforme já tratado no capítulo 3, que essa postura é mais comum no primeiro grau de jurisdição e que, normalmente, é revista em sede de recurso para os Tribunais Regionais Federais (TRF), STJ e STF. Contudo, essas decisões geram muitos prejuízos e instabilidade aos interesses indígenas até que sejam derrubadas pela via recursal.

¹⁵ Para ilustrar a prática dessa desproporcional intervenção do Judiciário nas atividades administrativas, em prejuízo à questão indígena, cita-se recente caso enfrentado pela Procuradoria Federal (AGU), com participação deste subscritor. Essa questão reveste-se de superior importância no atual contexto cearense, por envolver área com interesse turístico dentro de terras indígenas, pretendido por conglomerados empresariais. Trata-se de ação cautelar, processo nº0002211-56.2009.4.05.8103, que na tramita na 18ª Vara Federal do Estado do Ceará, proposta pela Nova Atlântida LTDA em face da FUNAI, e que é incidental à Ação Civil Pública, processo nº 0000413-11.2005.4.05.8100. Naquele feito a autora pleiteava a suspensão da portaria que nomeava grupo técnico para a “primeira fase” do procedimento administrativo de demarcação da Terra Indígena Tremembé de São José e Burity (comunidade indígena situada no município de Itapipoca-CE). Pretendia, ainda, que a FUNAI se abstivesse de praticar qualquer ato administrativo em relação ao caso. Essa primeira fase do procedimento administrativo refere-se, basicamente, à investigação da etnicidade da comunidade, por um grupo técnico da FUNAI, composto por antropólogos e outros profissionais (ver a nota de rodapé seguinte). Posteriormente, em fase de julgamento, o juiz concede a liminar, para suspender os efeitos da portaria e determinar que a FUNAI se abstenha de efetuar qualquer procedimento administrativo. A liminar funda-se numa suposta imparcialidade da FUNAI e no entendimento de que a questão está jurisdicionalizada e, portanto, a decisão sobre a etnicidade indígena da comunidade deveria ser tomada pelo Judiciário e não mais pela Administração. A seguir, serão citados alguns excertos da decisão: “[...] Nos autos da ação civil pública referida, a FUNAI é parte interessada, portanto, em provar, perante este juízo, que a área em questão é efetivamente formada por terras indígenas. Ora, em assim sendo, que credibilidade resta à FUNAI para conduzir o processo administrativo em questão, se em juízo assumiu sua parcialidade? Além disso, que valor jurídico teria a demarcação administrativa levada a efeito pela FUNAI, se a última palavra a respeito daquelas terras serem ou não indígenas continuaria com o poder Judiciário, em nome da inafastabilidade da Jurisdição (art. 5º, XXXV, CF)? [...] Estou seguro de que o simples fato de haver pesquisadores da FUNAI cadastrando supostos índios, nesse momento em que o Judiciário ainda não se posicionou sobre o assunto, seria negativo para o deslinde da questão. Além do que a parcialidade dos prepostos da FUNAI, como bem destacou a autora a respeito do *periculum in mora*, pode encorajar as pessoas interessadas a atitudes ilícitas, que ameaçam a segurança jurídica.” (CEARÁ, 2010). Nas razões invocadas pelo magistrado, nota-se que houve desconsideração da “presunção de boa fé dos atos praticados pela Administração

Nota-se aí situação extrema, desarrazoada e inaceitável em que o Judiciário tem se imiscuído no mérito do ato administrativo. Ora, o Judiciário é um órgão, via de regra, afeto a dirimir questões litigiosas e definir a quem pertence o direito, não se concebe que exacerbe o seu papel de controle da Administração Pública e passe a exercer, com exclusividade, as atividades previstas por lei para o Executivo.

Assim, à Fundação Nacional do Índio foi destinada legalmente a realização do processo de demarcação de terras, com o conseqüente estudo antropológico para aferir a etnicidade de determinado grupo.¹⁶ Portanto, nos casos em que o Judiciário se arvora como competente para definir a natureza indígena de uma pessoa, em antecipação à FUNAI, observa-se notável abuso de poder e avocação indevida de atribuições constitucionais.

5.3.2 A demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal

Com este parágrafo, o Supremo Tribunal Federal comprovou a sua adesão à concepção multiculturalista da CF 88. Conforme já esboçado no Capítulo 1, trata-se, em linhas gerais, de uma idéia de promoção de todos os grupos étnicos. Aqui não prevalece a adoção do pensamento de uma só casta cultural, mas uma salvaguarda de todos.

Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure

Pública”, atributo dos atos administrativos pelo qual a Administração Pública tem legitimidade para desenvolver o seu mister e que, para se conseguir a invalidação do ato, necessita de prova em contrário da outra parte que confirme o vício da conduta administrativa, fato que não ocorreu. De outro quadrante, observa-se que o juiz faz confusão entre imparcialidade da FUNAI e o imperativo deste órgão de cumprimento do dever legal. Nesse contexto, esse órgão tanto tem a obrigação legal de ser parte em processo judicial em que sejam discutidos interesses indígenas, quanto tem por atribuição legal, a realização do procedimento administrativo de delimitação e demarcação de terras indígenas. Logo, o que a lei determina, não pode ser entendido como imparcialidade, máxime não pode ser motivo de desconfiança e objeto de invalidação pelo Judiciário. Importa informar, entretanto, que essa decisão liminar do juízo de primeiro grau foi derrubada pelo TRF -5° região proc. número 0112134-76.2009.4.05.0000, que determinou o prosseguimento do procedimento administrativo pela FUNAI, com a conseqüente realização, por esse órgão, da investigação da etnicidade indígena da comunidade ali envolvida. Na situação atual, a FUNAI esta dando cumprimento à decisão do TRF e o processo administrativo, encontra-se em andamento. (RECIFE, 2010)

¹⁶ DECRETO Nº 1.775, DE 08.01.1996: “Art. 2º A demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação. § 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividades. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. (BRASIL, 2009, p. 04)

Não obstante, por muito tempo predominou o modelo etnocêntrico no tratamento com os índios. Por essa ideologia, os índios mereceriam um tratamento distinto até serem incorporados pela sociedade civil e conhecido os costumes desta. A idéia era, aos poucos, restringir os direitos especiais dos indígenas, à medida dessa adaptação. (STRAUSS, 1952, p. 87)

Com o avanço dos direitos humanos a partir da 2ª Guerra Mundial e, no Brasil, notadamente após o advento da Constituição Federal de 1988, a teoria pluriétnica passou a ganhar espaço. Nesse modelo, defende-se a coexistência dos grupos e o respeito às suas culturas originárias. Já não mais se busca uma uniformização dos elementos humanos presentes num só espaço, antes se tenta assegurar a sua pacífica convivência. Para conseguir essa igualdade material entre povos com passado e condições tão diversas, é indispensável que se dedique uma maior proteção legal aos grupos hipossuficientes. Assim, será possível que os mais espoliados historicamente venham a possuir no presente, meios de sobrevivência e dignidade. (SANTILLI, 2009)

No que pertine às comunidades indígenas, o seu direito maior consiste em garantir a posse das terras que ocupam tradicionalmente. Só com a garantia desse direito fundamental, pretender-se-á a efetivação dos seus demais direitos.

5.3.3 *Direitos “originários”*

Constata-se que o Supremo tribunal Federal continua seguindo a sua linha de pensamento, segundo a qual reconhece o fundamento da posse indígena no instituto do indigenato, e não no Direito Civil comum.

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se torna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de 'originários', a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como 'nulos e extintos' (§ 6º do art. 231 da CF). (BRASIL, 2009, p.05)

O direito indígena à posse de suas terras é considerado pela Constituição como um direito originário.¹⁷ Essa relação é fundada no instituto do indigenato que é o manancial primário e congênito dessa posse territorial. A noção de indigenato tem base constitucional, daí a sua aplicação incondicional.¹⁸

Conforme já estudado no Capítulo 1, no indigenato, vislumbra-se um instituto jurídico que antecede a ordem jurídica nacional. A sua concepção alimenta-se de uma noção do justo, ao atribuir a cada um aquilo que lhe pertence desde as mais remotas datas.

Resta preclaro que a relação do índio com a terra é inaugural a sua própria existência, já que foram congenitamente apropriadas. Dessa feita, as terras indígenas foram destinadas aos diversos grupos étnicos, em razão da incidência de direito originário, ou seja, uma prerrogativa anterior e prevalecente a toda outra que, por ventura, possa-se ter constituído sobre o território dos índios. Portanto, na área que foi ocupada por particulares, estaria implícito o resguardo das terras indígenas, que são seus naturais e primeiros donos.

Não se perquire aqui o título registrado para legitimar a propriedade nem se investiga a posse por meio da natureza da utilização da terra, muito menos, espera-se a sua demarcação, para o início deste direito. Ao contrário, parte da concepção geral de que, nos primórdios, se determinada terra já era ocupada pelos índios, então esta lhe pertence. Assim, tornam-se nulos e inexistentes os registros civis em nome de não-índios, pois muitos deles foram conseguidos por meio de violência, quer seja física, quer seja moral.

5.3.4 O conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas

O Supremo Tribunal Federal entende que, para a demarcação das terras indígenas, é preciso respeitar vários marcos, quais sejam, temporalidade, tradicionalidade, finalidade e proporcionalidade, a saber:

¹⁷ “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.”

¹⁸ Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de julho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas. (SILVA, 1993, p. 48)

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 aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse esteja 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. Caso das 'fazendas' situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da 'Raposa Serra do Sol'. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as 'imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar' e ainda aquelas que se revelarem 'necessárias à reprodução física e cultural' de cada qual das comunidades étnico-indígenas, 'segundo seus usos, costumes e tradições' (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra Indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras 'são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis' (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado 'princípio da proporcionalidade'. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado 'princípio da proporcionalidade', quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. (BRASIL, 2009, p.05)

O acórdão considera como marco temporal a data da promulgação da CF 88. Assim, somente as terras que, nessa época, eram habitadas pelos índios poderão ser demarcadas. Abre-se exceção para os casos em que os índios foram impedidos, por terceiros, de entrar na área, ¹⁹pois o fato de os índios terem sido expulsos de sua terra quer seja por ato de autoridade, quer seja por ação dos particulares não desconfigura a habitualidade e permanência de sua posse, pois se verifica que o fator violência foi empregado em substituição da variável vontade.

¹⁹ Nas palavras de Fernando Tourinho Neto (*apud* SANTILLI, 1993, p. 20): “Os indígenas detêm a posse das terras que ocupam em caráter permanente. Certo. Todavia, se provado que delas foram expulsos, à força ou não, não se pode admitir que tenham perdido a posse, quando sequer, como tutelados, podiam agir judicialmente; quando sequer desistiram de tê-la como própria.”

Quando o STF estabelece o marco da tradicionalidade, assim como estudado no Capítulo 3, refere-se a um tempo razoável de ocupação da terra, pois há que haver uma certa ancestralidade e ligação com o passado que justifique a demarcação em um dado local. Contudo, não se busca ir até o fim da árvore genealógica de determinada comunidade indígena ou verificar a posse em dada terra desde à época do descobrimento do Brasil, posto que é próprio da cultura indígena a sua natureza nômade.²⁰

Assim, esse marco deve ser interpretado diretamente com o marco da proporcionalidade. Portanto, quando a Constituição fala que as terras tradicionalmente²¹ ocupadas serão de posse permanente dos índios, não se remete apenas a requisitos temporais para que se legitime a posse indígena. Ao reverso, uma vez verificado que a terra é ocupada nos moldes tradicionais da cultura indígena, lança uma garantia para o futuro²², de forma a consagrar para frente o direito dos índios sobre as terras que habitam.

Assim, para que a terra indígena se considere tradicionalmente ocupada, não se procura saber somente a quantidade de anos que a população habita a gleba. Deveras, o que se investiga é se os índios empregam a tradição de seus antepassados e de seus costumes peculiares na ocupação da terra e na inter-relação com seus elementos vivos.

A destinação da terra para a prática de atividade produtiva também é outro fator que caracteriza a posse indígena. Então, localiza-se o marco da finalidade, haja vista que é da cultura popular aborígine uma destinação útil do seu ambiente, quer seja na moradia, quer seja na extração dos recursos, ainda que não seja nos moldes capitalistas atuais.

Portanto, o real alcance do conceito da posse indígena tem o afã de salvaguardar a subsistência física e cultural do índio. Isso é verificado pela busca das suas atividades de subsistência, bem como pelas práticas das atividades religiosas, lúdicas e recreativas pelos

²⁰ Nas palavras de Themístocles Cavalcanti (1956, p.146): “Para que se possa dar ao texto Constitucional o seu sentido próprio e uma aplicação prática, é indispensável ajustar ao conceito de habitação e ao sistema de vida dos silvícolas e à sua natureza mais ou menos nômade. Assim a sua posse estaria vinculada não à idéia de habitação como a entendemos, mas de acordo com os costumes indígenas e as necessidades de sua subsistência, levando em consideração a importância da caça e da pesca na vida do indígena.”

²¹ Nas palavras de José Afonso da Silva (1984, p. 470): “[...] O tradicionalmente refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições.”

²² Nas palavras de José Afonso da Silva (1984, p. 472): “Quando a Constituição declara caber aos silvícolas a posse permanente das terras por eles habitadas, isto não significa um simples pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat.”

primitivos. O acórdão ainda faz algumas considerações sobre a diferença da posse indígena para a civil e a legitimidade das normas constitucionais.

Assim, entende-se que a posse civil é aferida consoante o uso econômico que se dá ao bem da vida, enquanto a posse indígena é verificada quando os índios a utilizam de acordo com suas tradições, como já faziam os seus antepassados naquela área.²³

A Constituição de 1988, art. 20, XI, proclama que as terras ocupadas tradicionalmente pelos índios são de propriedade da União. Agrega-se, entretanto, que essas terras indígenas destinam-se à posse permanente e ao usufruto exclusivo da Comunidade Indígena (§ 2º do art. 231 da CF e art. 22 da Lei n 6.001/73). Consequência direta dessas máximas é que as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis (art. 231, § 4º, CF); e a impossibilidade constitucional de remoção dos índios do seu quinhão (art. 231, § 5º, CF).

Observa-se, outrossim, a característica da autoaplicabilidade das normas constitucionais atinentes ao direito indígena. Tal eficácia decorre da força cogente desse tipo de regras e, principalmente, conforme se defende neste estudo, por se tratar de uma característica inata de todos direitos fundamentais.

Para a regularização da terra indígena, existe um processo administrativo realizado pela Fundação Nacional do Índio que visa à delimitação e demarcação dessas terras. Todavia, a proteção da posse das terras habitadas pelos índios independe de que já tenha sido concluído esse processo, já que a natureza deste não é constitutiva de uma situação nova, antes é declaratória de um direito pré-existente. Dessa feita, é possível, desde já, exigir administrativa e judicialmente o implemento de sua proteção e resguardo jurídico.²⁴

²³ Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Neto (*apud* SANTILLI, 1993, p. 20): é de assinalar-se, também, que não se pode igualar a posse indígena à posse civil. Aquela é mais ampla, mais flexível. Eis o conceito dado pela Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio) – “Art. 23 - Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil”. Deve-se, por consequente, atentar para os usos, costumes e tradições tribais. Há de se levar em conta as terras por eles ocupadas tradicionalmente.

²⁴ Acórdão do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO (AMS nº 2001.36.00.008004-3/MT – Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – DJU de 19.04.2004, pág. 58): “ADMINISTRATIVO. TERRAS INDÍGENAS. IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO PELA FUNAI. PRETENSÃO DE EXPLORAÇÃO DE MADEIRA E FORMAÇÃO DE PASTAGENS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Delimitada a área de propriedade do impetrante como integrante da Terra Indígena Kayabi, compete à FUNAI zelar pela sua integridade, apesar de não ter sido ainda demarcada, eis que “a demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terra é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira”. [...] (BRASIL, 2004, p. 275)

5.3.5 O falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento

Nesse ponto, cabe fazer uma aproximação entre a defesa dos interesses indígenas e a busca do desenvolvimento econômico, para frisar a indissociável aplicação do princípio da proporcionalidade a toda causa indígena. Esse *standart* preconiza uma aplicação razoável do direito ao caso concreto, medindo a relação custo-benefício e cotejando entre os fins e os meios da decisão ao caso concreto.²⁵

Igualmente, na qualidade de direito fundamental²⁶ que é a posse indígena, por vezes, entra em conflito aparente com outros direitos fundamentais, tais como, a propriedade e o desenvolvimento econômico. Nessas situações, vem se estabelecer a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, para garantir uma solução menos egoística e mais condizente com o interesse público e a dignidade da pessoa humana. Passa-se a aferir o entendimento do STF:

Ao Poder Público de todas as dimensões federativas, o que incumbe não é subestimar e, muito menos, hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de 'desenvolvimento nacional' tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. (BRASIL, 2009, p.04)

Logo, entende o Supremo que o desenvolvimento econômico não pode ser usado como desculpa para ignorar a preservação da riqueza cultural das minorias. A preservação de um grupo étnico equivale à própria salvaguarda do patrimônio humano nacional, sem o qual não se conseguiria um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desprezar as garantias constitucionais à posse dos índios sobre suas terras deslindaria graves riscos à formação do povo brasileiro, haja vista a possibilidade de comprometimento da diversidade cultural. Ademais, admitir esse comportamento poderia abrir perigoso precedente contrário à garantia das demais minorias.

²⁵ O método da ponderação de interesses é informado pelo princípio da proporcionalidade, pelo qual a busca da solução de equilíbrio será encontrada: a) quando a restrição imposta a determinado interesse for realmente adequada, idônea, apta a promover a realização do outro interesse; b) quando, mesmo assim, tal restrição seja aquela que menor gravame trazer ao interesse que está sendo afetado em benefício do outro contraponto e c) ainda que a restrição ao interesse seja a menor possível, quando os aspectos negativos decorrentes desta restrição sejam inferiores aos aspectos positivos decorrentes da realização mais intensa do interesse contraposto. (LINHARES, 2001, p. 239-240)

²⁶ O argumento de que o direito dos índios sobre suas terras tradicionalmente ocupadas é um direito fundamental foi defendido no Capítulo IV desta dissertação, contudo, aqui o STF não se manifesta sobre essa hipótese.

Logo, de uma forma geral, entende-se que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado de forma compatível com muitas das propostas trazidas por este trabalho, conclusão obtida a partir do cotejo com os fundamentos utilizados na decisão do caso da TIRSS, um dos mais emblemáticos e recentes a respeito da causa indígena brasileira.

CONCLUSÃO

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

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988 foi encerrada a política integracionista defendida pelas constituições anteriores. Logo, é possível observar que, depois de quase quinhentos anos de integração forçada, os índios brasileiros, como de resto, os índios da América Latina como um todo, vêm adquirindo o direito de continuarem a ser índios. A Constituição Brasileira de 1988, seguida pelas Constituições da Colômbia (1991), do Paraguai (1992) e da Bolívia (1994), reconheceram a diversidade étnica dos índios no momento em que definiram os seus direitos fundamentais. Afinal, não se poderia falar em direitos fundamentais dos índios sem lhes garantir o direito a sua autodeterminação étnico-social.

Consoante a ideologia etnocêntrica, a idéia era que o índio fosse definitivamente integrado ao seio da sociedade branca, o que se confirmava através de sua emancipação. Nesse momento, cessaria a sua condição de exceção e, conseqüentemente, a necessidade de um tratamento jurídico excepcional, bem como a proteção da posse sobre suas terras.

Contudo, com o avançar da história e da consciência política e jurídica, o pensamento pluriétnico passa a ganhar espaço. Logo, há uma tendência de proteção às minorias, a partir da preservação da identidade e do costume desses povos.

O Brasil vem mantendo uma disciplina legal toda própria para a proteção dos índios. Desde a época da Colônia até os dias atuais, tem insculpido previsões constitucionais, bem como leis ordinárias, dentre elas, um Estatuto próprio direcionado aos direitos indígenas.

O direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupam é, como visto, reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como um direito originário, congênito, fundamentado no

indigenato, instituição jurídica luso-brasileira, cujas raízes remontam aos primeiros anos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, ratificado pela lei de 6 de julho de 1755, firmou o princípio de que, nas terras outorgadas aos particulares, seria reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas. O indigenato, portanto, cabe aos índios em decorrência de sua condição étnica e de sua ocupação territorial primária e anterior a chegada dos colonizadores lusitanos.

A Constituição Federal de 1988 também ofereceu os elementos básicos da definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, condicionando-os aos usos, costumes e às tradições de cada comunidade indígena. De sorte que a posse indígena deve ser identificada a partir da forma de viver de cada comunidade indígena, segundo os seus usos, costumes e as suas tradições, marcando definitivamente a sua diferença com a posse regulada pelo Código Civil brasileiro.

A posse civil é um instituto que, quando aplicado aos particulares em geral, reflete o poder de exercício econômico que o titular tem sobre o bem. Como é conhecido, essa posse privada pode ceder ao direito do proprietário, é alienável e, portanto, transferível. A posse indígena, por sua vez, verifica-se a partir de um processo de identificação que um determinado grupo guarda com a terra por herança dos seus antepassados pré-cabralianos. Existe uma relação cultural dos índios com a terra transmitida através das gerações, que integra à consciência do povo como um vínculo histórico existente entre eles e os seus ancestrais. Trata-se de um direito inalienável e intransferível.

O direito dos índios às suas terras, ou seja, a posse indígena faz gerar o direito de propriedade para um outro sujeito - a União. Aos índios cabem a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas destas terras. Qualquer ato que tenha por objeto a posse, o domínio ou a ocupação das terras indígenas será conseqüentemente nulo, tendo por extintos todos os seus efeitos.

Assinala-se que esse direito dos índios à posse permanente de suas terras não começa a partir da demarcação, pois este ato administrativo não se configura num ato constitutivo de direitos, antes se perfaz como um ato meramente declaratório do Poder Público, cuja finalidade se volta para melhor resguardar e proteger os direitos dos índios sobre elas.

Defende-se, neste trabalho, a natureza de direito fundamental da posse dos índios sobre as suas terras tradicionalmente ocupadas. Isso é possível ainda que o artigo 231 da

Constituição Federal, que versa sobre o direito dos índios, esteja fora do catálogo constitucional que elenca os direitos fundamentais. Esse argumento ampara-se no art. 5º, §2º, CF que estende a fundamentalidade às disposições previstas em tratados internacionais sobre direitos humanos que o Brasil faz parte, bem aos direitos decorrentes do regime e princípios desta Constituição.

No que pertine à fundamentalidade dos direitos humanos insertos em tratados internacionais, cita-se que o Brasil assinou a Convenção 169 da OIT, que prevê o direito dos índios sobre a posse das terras tradicionalmente ocupadas. Essa convenção foi ratificada pelo Brasil antes da Emenda Constitucional 45/04, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF, que exige um quórum especial, não obedecido pela presente Convenção. Nesse sentido, o STF emitiu entendimento recente sobre normas previstas em tratados internacionais aprovados antes da referida Emenda Constitucional¹. Entende-se que essas normas possuem natureza “supralegal”, portanto são hierarquicamente superiores às leis ordinárias. Esse julgamento do STF, ainda que não tenha modificado formalmente a Constituição Federal, fez com que se alterasse o “entendimento” desta, posto que os direitos previstos nos aludidos tratados internacionais ratificados pelo Brasil geram efeitos no território nacional mesmo que disponham de forma contrária à Constituição. Nesse caso, houve informalmente o acréscimo de mais um direito ao Ordenamento Jurídico Brasileiro e por ter sido inserido via tratado internacional, goza do *status* de direito fundamental. O mesmo entendimento aplica-se à posse indígena.

Justifica-se, ainda, a fundamentalidade da posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, no fato desse dispositivo decorrer do regime e dos princípios da Constituição Federal brasileira. Destarte, o art. 231 da CF, aqui configurado como verdadeiro princípio jurídico, assenta-se diretamente no princípio fundamental da República Federativa do Brasil, qual seja a dignidade da pessoa humana. Além disso, advém do regime democrático e equivale aos demais direitos fundamentais constitucionais.

A importância de se considerar os direitos dos índios como um direito fundamental decorre das prerrogativas que essa classe especial de direitos possui no Ordenamento pátrio. Dentre elas, cita-se a possibilidade de aplicabilidade direta e eficácia imediata, a impossibilidade de sofrer emenda constitucional que lhe restrinja sobremaneira o conteúdo ou

¹ Trata-se do julgamento do RE 466.343-SP, que contrariando expressa disposição constitucional, introduziu o direito fundamental de proibição da prisão de depositário infiel, com base nos direitos supraleais trazidos pelo Pacto de São José da Costa Rica.

exclua sua existência, a sua priorização na implantação de políticas públicas e, principalmente, a sua equiparação em importância constitucional, com o direito de propriedade particular, que, por vezes, demandará o princípio da proporcionalidade para melhor resolução de conflitos.

Ainda, para se estabelecer uma melhor especificação da fundamentalidade da posse indígena, verifica-se o seu paralelo com algumas dimensões dos direitos fundamentais. Primeiramente, cita-se a sua equiparação com a segunda dimensão, haja vista a necessidade de certa intervenção do Estado para a melhor salvaguarda desse direito, v.g, a demarcação dessas terras. Já a terceira dimensão desse direito extrai-se da sua concatenação com a defesa dos direitos difusos, pois, quando se acastela o direito dos índios sobre suas terras, protege-se o meio ambiente natural e cultural, respectivamente dos índios e da sociedade brasileira. Quanto à quarta dimensão, que salvaguarda o direito das minorias, observa-se a sua inclusão com excelência, haja vista que a continuidade existencial e cultural dessa parcela da população brasileira deve-se, em muitos casos, à manutenção dos índios sobre suas terras.

Por fim, observa-se que o Supremo Tribunal Federal coaduna seu entendimento com muitos dos posicionamentos defendidos ao longo desta Dissertação, o que é constatado pela análise dos fundamentos da decisão sobre o caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Em vista disso, confirma-se que os índios que mantêm contato com a civilização não perdem a titularidade dos direitos indígenas; reconhece-se a realidade pluriétnica trazida pela Constituição Federal de 1988 para o trato com os índios; consagra-se a aplicação do indigenato para a fundamentação da posse indígena; entende-se que a posse indígena é uma forma cultural de lidar com a terra, de maneira a cancelar a sua diferença com o instituto da posse civil; considera-se a Constituição Federal como um verdadeiro estatuto do índio, dotando os seus artigos de autoaplicabilidade e ainda adere-se à aplicação do princípio da proporcionalidade na aplicação dos direitos indígenas à posse de suas terras em face ao desenvolvimento econômico.

Entretanto, mesmo que o Ordenamento Jurídico brasileiro e o Supremo Tribunal Federal tenham estabelecido os parâmetros para proteção da posse das terras de ocupação tradicional indígena, ainda é possível constatar, na realidade, o desrespeito a esses direitos. Trata-se, de um turno, da inércia administrativa na demarcação das terras indígenas à revelia até mesmo do artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabeleceu um prazo até 1993 para que todas as terras indígenas fossem efetivamente demarcadas. Por

outro ângulo, observa-se a continuidade de permanência de particulares nas terras indígenas que, em muitos casos, abrigam potenciais energéticos e turísticos. Por fim, denuncia-se a verificação de julgamentos, principalmente em primeira instância, que desacatam as normas protetivas indígenas e recalcitram em tratar a posse indígena nos mesmos moldes que a meramente civil. Tudo isso tem privado os indígenas da completa disposição sobre a posse de suas terras. E essa espoliação gera um efeito progressivo e negativo nos seus demais direitos básicos, tais quais, à educação, saúde, moradia, segurança, reprodução física e cultural e ao meio ambiente.

Nota-se que os direitos indígenas têm, como seu tema central, a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, no que se circunscreveu, principalmente, o objeto deste estudo. Destarte, os índios, que representam menos de 1% (um por cento) da população nacional, ocupam em média 12% (doze por cento) de um território rico em biodiversidade e riquezas naturais. (ABRAMOVAY, 2009). Contudo, contemporaneamente a terra não é o valor único para esses povos. Surgem novos desafios para o Estado brasileiro na proteção dos direitos dos índios.

Nessa conjuntura, o debate acerca da questão indígena ganhará novos ares, dentre eles, a convivência de tantas culturas diferentes em um mesmo território e a proteção de seus bens imateriais; cita-se a proteção do patrimônio genético e o combate à pirataria sobre os conhecimentos tradicionais.

Outro ponto será o tratamento das terras indígenas em face do desenvolvimento nacional, o que demandará respeito ao meio ambiente e à cultura indígena. Nesse contexto, o Estado brasileiro deve atentar-se para a exploração dos minérios, das águas e das terras indígenas feita por particulares. Não, ainda, de ser feitos projetos de autossustentabilidade, pois não basta demarcar as terras se os índios não conseguirem sobreviver dignamente.

Assim, o índio não deve ser tratado como empecilho ao desenvolvimento econômico, pois nenhum progresso patrimonial se justifica se é obtido através do descaso aos direitos fundamentais. Isso seria retrocesso!

Portanto, repare que, para além da terra, muitos são os outros direitos que ainda se devem salvaguardar para a plena efetivação da dignidade humana da pessoa indígena, meta de difícil consecução, mas decorrente de inafastável compromisso constitucional. Recordar-se, então, Eduardo Galeano que comparava as utopias ao horizonte:

Utopia: ela está no horizonte, acerco-me um passo e ela se afasta dois. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos mais. Por muito que eu caminhe, nunca a alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso. Para nos fazer caminhar.

Assim, parece que a efetividade completa do direito dos índios sobre a posse das terras tradicionalmente ocupadas é uma questão que não prescinde, mas transcende à tão-só existência de normas jurídicas garantistas no Ordenamento brasileiro, ao entendimento favorável do STF e às construções da literatura jurídica guarnecedoras desses direitos. É necessário, portanto, continuar os passos para um maior grau de consciência na defesa dos direitos indígenas e a sua realização de forma mais articulada entre os sujeitos sociais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro. **O novo estatuto dos povos indígenas** – Inovações. Políticas públicas de proteção e promoção dos povos indígenas. Brasília-DF. Escola da Advocacia-Geral da União, 02 dez. 2009. Palestra transmitida pela TV Escola. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/escola>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes; REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Um novo “lócus” hermenêutico. Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11401>>. Acesso em: 01 jan. 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALPA, Guido; BESSONE, Mário. **Poteri dei privati e statuto della proprietà**. II – Storia, funzione sociale e pubblici interventi. Itália: Padova, 1980.

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II**: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1999. t. I.

ANTUNES, Paulo de Bessa. A demarcação de terras indígenas e a constitucionalidade do decreto 22/91. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, Brasília, n.º 8, p. 110 - 120, jan./jun.1996.

ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. Direitos reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

BASTOS, Aurélio Wander . As terras indígenas no direito constitucional e na jurisprudência brasileira. In: SANTOS, Sílvio Coelho (Org.). **Sociedades indígenas e o direito**: uma questão de direitos humanos. Santa Catarina: UFSC, 1985.

BANDEIRA, Alípio; MIRANDA, Manuel. Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (Org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Núcleo de Direitos Indígenas, 1992.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional - Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brazil**. Comentado por Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro: F. Alves, 1921.

_____. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. I.

_____. Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. **Censo Demográfico de 2000**. Realizado pelo IBGE. Sociedades indígenas e ação do governo. p. 500. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 01 maio 2007.

BRASIL. Planalto. **Sociedades indígenas e ação de governo**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/indio4.htm>. Acesso em: 05 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª turma. Recurso Extraordinário nº 44.585. Rel. Min. Victor Nunes Leal. Brasília, 26 mar. 2005. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 27 mar. 2005.

_____. 3ª turma. Recurso Extraordinário. nº 94.414-1. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 13/02/1985. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 19 abr. 1985.

_____. Tribunal Pleno. Pet. 3388. Rel. Min. Carlos Britto. Brasília, 19/03/2009. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 25 set. 2009.

_____. Rcl. 8070. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 16/04/2009. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 23 abr. 2009.

_____. Rcl. 8070. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, 29/04/2009. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 06 maio 2009.

_____. Rcl. 633-6/SP. Rel. Min. Francisco Rezek. Brasília. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 23 set. 1996.

_____. Tribunal Pleno. ADIn 466/91/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 09.04.91. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 10 maio 1991.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 2ª turma. AMS nº 2001.36.00.008004-3/MT, Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro. Brasília, 17/04/2004. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 19 abr. 2004.

_____. Apelação Cível nº 94.01.11171-5. Rel. Juiz Alexandre Vidigal. Brasília, 26/02/1999. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 28 fev. 1999.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 1ª turma. AC 91.03.15750-4-SP, Rel. Des. Federal Salette Nascimento. São Paulo, 11.12.1994. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 13 dez. 1994.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Cláusulas pétreas na Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.suigeneris.pro.br/direito_dc_petreas.htm>. Acesso em: 05 fev. 2005.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. I.

CASTRO, Celso. **Evolucionismo cultural**. Textos de Morgan, Tylor e Frazer. Tradução Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **A Constituição Federal comentada**. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956. v. II.

CEARÁ. Justiça Federal. **Medida Cautelar Inominada**. Processo. nº 0002211-56.2009.4.05.8103. 18ª Vara da Seção Judiciária Federal de Sobral-CE. Disponível em: <<http://www.jfce.gov.br>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

_____. **Sentença**. Processo nº 0001542-51.2005.4.05.8100. 10^a Vara da Seção Judiciária Federal de Fortaleza-CE. Disponível em: <<http://www.jfce.gov.br>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CIMI. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br>>. Acesso em: 01 mar. 2010.

CORDEIRO, A. Menezes. **Direitos reais**. Lisboa: Reprint, 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COUTINHO, Ricardo Ramos. **As terras indígenas**. Direitos dos índios e demarcação. legislação, doutrina e jurisprudência. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/procuradoria/artigos>>. Acesso em: 11 jan. 2010.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de índio e comunidades indígenas. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos et al. (Org.). **Sociedades indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos**. Florianópolis: UFSC, 1985.

_____. Os índios no direito brasileiro hoje. In: CUNHA, Manoela Carneiro da. **Os direitos do índio, ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. Parecer sobre critérios de identidade étnica, In: CURSO de Direito Indigenista, Boletim Jurídico, Comissão Pró-Índio, São Paulo, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu; DANTAS, Beatriz Góis. **Terra dos índios Xocó: estudos e documentos**. São Paulo: Comissão Pró-Índio, 1980

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

DELGADO, José Manuel Avelino de Pina. Direitos humanos e guerra na filosofia do direito internacional de Habermans. **Revista Sequência**, Florianópolis: UFSC, n. 45, dez. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil**. 24. ed. rev. e atual. De acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. In. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FIÚZA, Ricardo. **Código civil comentado**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>>. Acesso em: 05 out. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Parte geral. 8. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1.

GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, ano 36, n. 143, jul./set. 1999.

GALVÃO, Ilmar. **Terras indígenas**. Brasília: STJ, 2005.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Transformações gerais dos direitos das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

HABERMANS, Jürgen. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 43, nov. 1995.

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

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário da Língua Portuguesa.** São Paulo: Saraiva, 1984.

HOFF, Luciana. **Efeitos da decisão do STF no caso Raposa Serra do Sol.** Brasília-DF. Escola da Advocacia-Geral da União, 03 dez. 2009. Palestra transmitida pela TV Escola. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/escola>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

INSTITUTO SOCIO AMBIENTAL – ISA. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org>> Acesso em: 01 mar. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** São Paulo: Dialética, 1999.

KRELL, Andreas. Controle judicial dos servidores públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LARANJEIRA, Raymundo. **Propedêutica do direito agrário.** 2. ed. São Paulo: Ltr, 1981.

LEAL, Victor Nunes. Voto. Mandado de Segurança n°. 16.443-DF, Supremo Tribunal Federal, Brasília, 09 nov. 1967. **Revista Trimestral de Jurisprudência,** Brasília, n. 49, 1969.

LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento das terras indígenas. In: SANTILLI, Juliana (Org.). **Os direitos indígenas na Constituição.** Porto Alegre: Fabris, 1993.

LINERA, Alvaro García. **Autonomías indígenas y Estado multicultural.** Disponível em: <http://www.conflictosinterculturales.cebem.org/admin/images/cms/upload/Autonomias_indigenas_y_Estadi_multicultural.pdf>. Acesso: 08 jan. 2010.

LINHARES, Marcel Queiroz. O método da ponderação de interesses e a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR,** Curitiba: Faculdade de Direito da UFPR, v. 35, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A contribuição da teoria multiculturalista para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros.** Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_maria_lopes.pdf>. Acesso: 30 maio 2009.

_____. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília: Senado Federal, ano 41, n. 164, out./dez. 2004.

_____. Hierarquização dos direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, n. 34, 2001.

_____. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

LUFT, Celso Pedro. **Dicionário da língua portuguesa,** São Paulo: Nova Fronteira, 1985.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MANZATO, Maria Cristina Biazão. A Constituição como sistema de princípios e regras. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** São Paulo: RT, ano 13, n 52, jul./set. 2004.

MATOS, Andytas Soares de Moura Costa. Pensar a justiça no terceiro milênio: as contribuições da doutrina kelseniana para um redimensionamento do problema da justiça. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais,** Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v. 45, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de direito público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. v. IX.

_____. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data.** 18. ed. (atualizada por Arnold Wald). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MELGARÉ, Plínio. Princípios, regras e a tese dos direitos. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworking. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília: Senado Federal, ano 36, n. 143, jul./set. 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório de Jurisprudência IOB - Tributário, constitucional e administrativo,** São Paulo: IOB, v. I, n. 5, p. 178-185, 1 quinzena mar. 2003.

_____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. **O domínio da União sobre as terras indígenas: O Parque Nacional do Xingu.** Brasília: Ministério Público Federal, 1988.

_____. Parecer sobre o regime constitucional das terras ocupadas pelos silvícolas. In: OS DIREITOS dos povos indígenas na Constituição. Boletim Jurídico, São Paulo, Comissão Pró-Índio, ano VI, n.º.13-14, 1989.

_____. **Limites da revisão:** cláusulas pétreas ou garantias de eternidade: possibilidade de superação. Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/profpito/limitesdarevisaogilmar.html>>. Acesso em: 05 fev. 2005.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos.** Edição Fac-Similar. São Paulo: Typ; Hennies Irmãos, 1912.

MENEZES, Joyceanne Bezerra de. **Posse indígena na Constituição Federal de 1988.** Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Fortaleza. Universidade Federal do Ceará, 1995, 180 p.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, A. Gursen de. **O direito e o índio.** Belém: CEJUP, 1994.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Anotações ao código civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva 1987 - 1993.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional-Direitos fundamentais.** Coimbra: Editora Coimbra, 1988. t. I.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Filomeno. Entre a liberdade e a solidariedade: a propriedade como direito humano. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Org.). **Estudos de direito constitucional e urbanístico:** Em homenagem à Professora Magnólia Guerra. São Paulo: RCS, 2007.

NERY JUNIOR, Néilson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Estela; TOSTES, André. **Meio ambiente - a lei em suas mãos.** Petrópolis: Vozes, 1992.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas: uma avaliação preliminar de seu reconhecimento oficial e de outras destinações sobrepostas. In: TERRAS Indígenas do Brasil. Rio de Janeiro: (PETI), CEDI (Centro Ecumênico de Documentos e informação) /Museu Nacional, 1987.

OLIVEIRA SOBRINHO. Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria. O Decreto Legislativo nº. 5 484, de 1928. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 1992.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília: Senado, ano 4, n. 172, out./dez. 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** - Direitos reais. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. IV.

_____. **Instituições de direito civil** - Parte geral. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I.

PERRONE, Beatriz. **Curso de antropologia e etnologia**. Brasília-DF. Escola da Advocacia-Geral da União, 03 dez. 2009. Palestra transmitida pela TV Escola. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/escola>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

PIMENTEL, Moisés Spensy. **Curso de antropologia e etnologia**. Brasília-DF. Escola da Advocacia-Geral da União, 03 dez. 2009. Palestra transmitida pela TV Escola. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/escola>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONTES DE MIRANDA, F. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. t. VI.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. t. VI.

_____. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. VI.

RAO, Vicente. **Posse de direitos pessoais** - segundo o Código Civil. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1980.

RECIFE. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AGTR 102804-CE**. Proc. n 01121347620094050000. Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 06 abr. 2010.

REVISTA VEJA, São Paulo: Abril, ano 28, nº3, 18 jan. 1995.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. Petrópolis: Vozes, 1993.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. Justiça e exclusão social. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, XII, **Anais...**, Brasília, 1999.

RODOTA, Stefano. **El terrible derecho** - Estudios sobrela propiedad privada. Madrid: Civitas, 1986.

SALMEIRÃO, Antônio Marcos Guerreiro. **A proteção da criança e do adolescente indígena**. Brasília-DF. Escola da Advocacia-Geral da União, 02 dez. 2009. Palestra

transmitida pela TV Escola. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/escola>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

SAMPAIO, Néelson de Sousa. **O poder de reforma constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994.

SANTILLI, Juliana. **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

SANTILLI, Paulo. **Terras indígenas**. Dimensão antropológica e histórica. Brasília-DF. Escola da Advocacia-Geral da União, 02 dez. 2009. Palestra transmitida pela TV Escola. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/escola>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá, 2005.

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

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIEDER, Rachel. **Multiculturalism in Latin America: Indigenous rights, diversity and democracy**. New York: Palgrave Macmillan, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. Autoaplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal - Palestra proferida em ciclo de estudos jurídicos sobre direito Indigenista, sob o patrocínio da Comissão Pró-Índio de São Paulo. **Boletim Jurídico**, Comissão Pró-Índio, São Paulo, n.º.3, 1984.

_____. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luís Virgílio da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, abr. 2002.

SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 82, p. 41-52, abr./jun. 1987.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A universalidade parcial dos direitos humanos**. Trabalho preparado para o Taller ILSA Región Andina - Los derechos Indígenas en ei actual contexto Latinoamericano. Quito, 27/29 out. 1994.

_____. Alguns pontos sobre os povos indígenas e o direito. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos (Org.). **O índio perante o direito (ensaios)**. Florianópolis: UFSC, 1982.

_____. **Ordenamentos constitucionais e direitos indígenas**. Texto especialmente a preparado para o curso de Derechos humanos y derechos indígenas en America Latina, da Universidad International Menendez Pelayo, 4-8 out. 1993.

_____. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2006.

STRAUSS, Claude Levi. **Raça e história**. Tradução de Inácia Canelas. Lisboa: Presença, 1952.

SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES Maria Celina Bodin. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 37. ed. São Paulo: Forense, 2002. v. I.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional e direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. I.

URQUIDI, Vívian. **A questão indígena no Brasil - aspectos culturais e jurídicos**. Brasília-DF. Escola da Advocacia-Geral da União, 02 dez. 2009. Palestra transmitida pela TV Escola. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/escola>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

VALE, Ionilton Pereira do. **As dimensões dos direitos humanos fundamentais**. Rio de Janeiro-São Paulo-Fortaleza: ABC, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania global e estado nacional**. Disponível em: <http://www.lisztvieira.pro.br/texto_cidadania_global.htm>. Acesso em : 01 out. 2004.

ANEXOS

ANEXO A

DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Nações Unidas 13 de setembro de 2007

Sexagésimo período de sessões

Tema 68 do Programa

A Assembléia Geral:

Guiada pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, e a boa fé no cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados de acordo com a Carta.

Afirmando que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo ao mesmo tempo o direito de todos os povos a ser diferentes, a considerar-se a si mesmos diferentes e a ser respeitados como tais.

Afirmando também que todos os povos contribuem na diversidade e riqueza das civilizações e culturas, que constituem o patrimônio comum da humanidade.

Afirmando que todas as doutrinas, políticas e práticas baseadas na superioridade de determinados povos ou pessoas, ou que a propaguem, adicionando razões de origem nacional ou diferenças raciais, religiosas, étnica ou culturais racistas, cientificamente falsas, juridicamente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas.

Reafirmando também que no exercício de seus direitos, os povos indígenas devem estar livres de toda a forma de discriminação.

Preocupada pelo fato de que os povos indígenas tenham sofrido injustiças históricas como resultado, entre outras coisas, da colonização e inalienação de suas terras, territórios e recursos impedindo-os de exercerem em particular seus direitos ao desenvolvimento em conformidade com suas próprias necessidades e interesses.

Reconhecendo a urgente necessidade de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, que derivam de suas próprias estruturas políticas, econômicas e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e concepção de vida, especialmente os direitos às terras, territórios e recursos.

Reconhecendo, sobretudo a urgente necessidade de respeitar e promover os direitos dos povos indígenas assegurados em tratados, acordos e outros pactos construtivos com os Estados.

Celebrando que os povos indígenas estejam se organizando para promover seu desenvolvimento político, econômico, social e cultural, com o objetivo de pôr fim a todas as formas de discriminação e opressão onde quer que ocorram.

Convicto que o controle pelos povos indígenas dos acontecimentos que os afetam, a eles e suas terras, territórios e recursos os permitirão manter e reforçar as suas instituições, culturas e tradições e promover seu desenvolvimento de acordo com as suas aspirações e necessidades.

Reconhecendo também que o respeito dos conhecimentos, das culturas e das práticas tradicionais indígenas contribuem para o desenvolvimento sustentável e equitativo e o ordenamento adequado ao meio ambiente.

Destacando a contribuição da desmilitarização das terras e territórios dos povos indígenas para a paz, o progresso e o desenvolvimento econômico e social, a compreensão e as relações de amizade entre as nações e os povos do mundo.

Reconhecendo em particular, o direito das famílias e comunidades indígenas em seguir compartilhando a responsabilidade pela criança, a formação, a educação e o bem estar de seus filhos, em coordenação com os direitos da criança.

Considerando que os direitos firmados nos tratados, acordos e soluções construtivas entre os Estados e os povos indígenas são, em algumas situações, objeto de preocupação, interesse, responsabilidade e caráter internacionais.

Considerando também que os tratados, acordos e demais soluções construtivas, e as relações que estes representam, servem de base para o fortalecimento das associações entre os povos indígenas e os Estados.

Reconhecendo que a Carta das Nações Unidas, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, Assim como a Declaração de Viena e o programa de Ação, afirmam a importância fundamental do direito de todos os povos, à livre determinação, em virtude da qual estes decidem livremente sua condição política e perseguem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Tendo presente que nada do contido na presente Declaração poderá utilizar-se para negar a nenhum povo seu direito à livre determinação exercido em conformidade com o direito internacional.

Convencida de que o reconhecimento dos direitos dos povos na presente Declaração fomentará relações harmoniosas e de cooperação entre o Estado e os povos indígenas, baseadas em princípios da justiça, da democracia, do respeito aos direitos humanos, à não discriminação e à boa fé.

Incentivando os Estados ao cumprimento e aplicação eficazes de todas as suas obrigações, no que se refere aos povos indígenas e que determinam os instrumentos internacionais, em particular os relativos aos Direitos Humanos na consulta e cooperação com os povos interessados.

Sublinhando que corresponde às Nações Unidas, desempenhar um papel importante e contínuo de promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas.

Considerando que a presente Declaração constitui um novo e importante passo para o reconhecimento, a promoção e a proteção dos direitos e das liberdades dos Povos Indígenas e no desenvolvimento de atividades pertinentes do sistema das Nações Unidas nesta esfera.

Reconhecendo e reafirmando, que as pessoas indígenas têm direitos sem discriminação a todos os direitos humanos reconhecidos no direito internacional, e que os povos indígenas possuem direitos coletivos, que são indispensáveis à sua existência, bem estar e desenvolvimento integral, enquanto povos.

Reconhecendo também que a situação dos Povos Indígenas varia de região a região e de país a país, e que o significado das particularidades nacionais e regionais e a diversidade dos antecedentes históricos e culturais se deveriam tomar em consideração, Proclama solenemente a seguinte Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas como ideal comum, que se deva perseguir em espírito de solidariedade e respeito mútuo:

Artigo 1

Os indígenas têm direito, como povos ou como pessoas, ao desfrute pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal de Direitos Humanos e o direito internacional relativo aos direitos humanos.

Artigo 2

Os povos e as pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e pessoas e têm o direito a não ser objeto de nenhuma discriminação no exercício de seus direitos fundados, em particular, em sua origem ou identidade indígena.

Artigo 3

Os povos indígenas têm direito à livre determinação. Em virtude desse direito, determinam livremente a sua condição política e perseguem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Artigo 4

Os povos indígenas no exercício do seu direito a livre determinação, têm direito à autonomia ou ao auto-governo nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, assim como os meios para financiar suas funções autônomas.

Artigo 5

Os povos indígenas têm direito a conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo por sua vez, seus direitos em participar plenamente, se o desejarem, na vida política, econômica, social e cultural do Estado.

Artigo 6

Toda a pessoa indígena tem direito a uma nacionalidade.

Artigo 7

1. As pessoas indígenas têm direito à vida, à integridade física e mental, à liberdade e a segurança da pessoa.

2. Os povos indígenas têm o direito coletivo de viver em liberdade, paz e segurança como povos distintos e não serão submetidos a nenhum ato de genocídio nem a outro ato de violência, incluindo a remoção forçada de um grupo para outro.

Artigo 8

1. Os povos e as pessoas indígenas têm o direito a não sofrer da assimilação forçada ou a destruição de sua cultura.

2. Os Estados estabelecerão mecanismos efetivos para a prevenção e o ressarcimento de:

a) todo ato que tenha por objeto ou consequência privá-los de sua integridade como povos distintos ou de seus valores culturais, ou sua identidade étnica.

b) Todo o ato que tenha por objeto ou consequência alienar-lhes suas terras ou recursos.

c) Toda forma de transferência forçada da população, que tenha por objetivo ou consequência a violação e o menosprezo de qualquer de seus direitos.

d) toda a forma de assimilação e integração forçada.

e) Toda a forma de propaganda que tenha com finalidade promover ou incitar a discriminação racial ou étnica dirigida contra eles.

Artigo 9

Os povos e as pessoas indígenas têm direito em pertencer a uma comunidade ou nação indígenas, em conformidade com as tradições e costumes da comunidade, ou nação de que se trate. Não pode resultar nenhuma discriminação de nenhum tipo do exercício desse direito.

Artigo 10

Os povos indígenas não serão retirados pela força de suas terras ou territórios. Não se procederá a nenhuma remoção sem o consentimento livre, prévio e informado, dos povos indígenas interessados, nem sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, à opção do regresso.

Artigo 11

1. Os povos indígenas têm direitos a praticar e revitalizar as suas tradições e costumes culturais. Nele inclui o direito em manter, proteger e desenvolver as manifestações passadas, presentes e futuras de suas culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensílios, desenhos, cerimônias, tecnologias, artes visuais e interpretativas e literaturas.

2. Os Estados proporcionarão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição estabelecida conjuntamente com os povos indígenas, respeito dos bens culturais, intelectuais, religiosas e espirituais, de que tenham sido privados sem seu consentimento livre, e informação prévia, ou na violação de suas leis, tradições e costumes.

Artigo 12

1. Os povos indígenas têm direitos a manifestar, praticar desenvolver e ensinar suas tradições, costumes e cerimônias espirituais e religiosas, a manter e proteger seus lugares religiosos e culturais e ao acesso a eles privadamente; a utilizar e vigiar seus objetos de culto e a obter a

repatriação de seus restos humanos.

2. Os Estados procurarão facilitar o acesso e ou a repatriação de objeto de culto e restos humanos que possuam, mediante mecanismos transparentes e eficazes estabelecido conjuntamente com os povos indígenas interessados.

Artigo 13

1. Os povos indígenas têm direitos a revitalizar, utilizar, fomentar e transmitir às gerações futuras suas histórias, idiomas, tradições orais, filosóficas, sistemas de escrita e literatura, e de atribuir nomes às suas comunidades, lugares e pessoas, e mantê-los.

2. Os povos adotarão medidas eficazes para garantir a proteção desse direito e também para assegurar que os povos indígenas possam entender e fazer-se entender nas atuações políticas, jurídicas e administrativas proporcionando-lhes, quando necessário, serviços de interpretação ou outros meios adequados.

Artigo 14

1. Todos os povos indígenas têm o direito em estabelecer e controlar seus sistemas e instituições docentes que compartilham educação em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de ensino/aprendizagem.

2. As pessoas indígenas em particular as crianças, têm direito a todos os níveis e formas de educação do Estado sem discriminação.

3. Os Estados adotarão medidas eficazes, junto com os povos indígenas, para que as pessoas indígenas, em particular as crianças, inclusive os que vivem fora de suas comunidade tenham acesso, quando seja possível, a educação em sua própria cultura e no próprio idioma.

Artigo 15

1. Os povos indígenas têm direito a que, a dignidade e diversidade de suas culturas, tradições, histórias e aspirações fiquem devidamente refletidas na educação pública e nos meios de informação pública.

2. Os Estados adotarão medidas eficazes em consulta e cooperação com os povos indígenas interessados, para combater os prejuízos e eliminar a discriminação e promover a tolerância, a compreensão e as boas relações entre os povos indígenas e todos os demais setores da sociedade.

Artigo 16

1. Os povos indígenas têm direito a estabelecer seus próprios meios de informação em seus próprios idiomas e a acessar a todos os demais meios , de informação não indígenas sem discriminação alguma.

2. Os Estados adotarão medidas eficazes, para assegurar que os meios de informação estatais reflitam devidamente a diversidade cultural indígena.

Os Estados, sem prejuízo da obrigação de assegurar plenamente a liberdade de expressão, deverão incentivar aos meios de comunicação privados a refletir devidamente a diversidade cultural indígena.

Artigo 17

1. As pessoas e os povos indígenas têm direito em desfrutar plenamente de todos os direitos estabelecidos no Direito do Trabalhista Internacional e Nacional aplicável.

2. Os Estados em consulta e cooperação com os povos indígenas tomarão medidas específicas para proteger as crianças indígenas contra a exploração econômica e contra todo trabalho que possa resultar perigoso ou interferir na educação da criança, ou que seja prejudicial para a saúde, ou desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social da criança, levando em conta sua especial vulnerabilidade e a importância da educação para a sua realização.

3. As pessoas indígenas têm direitos, a não ser submetidas a condições discriminatórias de trabalho, entre outras coisas, emprego ou salário.

Artigo 18

Os povos indígenas têm direitos, a participar na adoção de decisões em questões que afetem seus direitos, vidas e destinos, através de representantes eleitos por eles, em conformidade com seus próprios procedimentos, assim como manter e desenvolver suas próprias instituições de adoção de decisões.

Artigo 19

Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa fé, com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas para obter seu consentimento prévio, livre e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

Artigo 20

1. Os povos indígenas têm direitos a manter e desenvolver seus sistemas ou instituições políticas, econômicas e sociais, que lhes assegure a desfrutar de seus próprios meios de subsistência e desenvolvimento e a dedicar-se livremente a todas as suas atividades econômicas tradicionais e de outro tipo.

2. Os povos indígenas despojados de seus meios de subsistência e desenvolvimento, têm direito a uma reparação justa e equitativa.

Artigo 21

1. Os povos indígenas têm direito, sem discriminação alguma, ao melhoramento de suas condições econômicas e sociais, entre outras esferas, na educação, o emprego, a capacitação e o aperfeiçoamento profissionais, a habitação, ao saneamento, a saúde e a seguridade social.

2. Os Estados adotarão medidas eficazes e, na execução, medidas especiais para assegurar o melhoramento contínuo de suas condições econômicas e sociais. Prestar-se-á particular atenção aos direitos e necessidades especiais dos anciões, das mulheres, dos jovens, das crianças e das pessoas indígenas com deficiências.

Artigo 22

1. Prestar-se-á particular atenção aos direitos e necessidades especiais dos anciões, das mulheres, dos jovens, das crianças e das pessoas indígenas com deficiências, na aplicação da presente Declaração.

2. Os Estados adotarão medidas, em conjunto com os povos indígenas, a fim de assegurar que as mulheres e as crianças indígenas gozam de proteção e garantias plenas contra todas as formas de violência e discriminação.

Artigo 23

Os povos indígenas têm direitos a determinar e a elaborar prioridades e estratégias para o exercício de seu desenvolvimento. Em particular, os povos indígenas têm direitos a participar ativamente na elaboração e determinação dos programas de saúde, moradia e demais programas econômicos e sociais, que os sirvam e, que os possibilitem, a administrar seus programas mediante suas próprias instituições.

Artigo 24

1. Os povos indígenas têm direitos às suas próprias medicinas tradicionais e a manter suas práticas de saúde, incluindo a conservação de suas plantas, animais e minerais de interesses vital, sob o ponto de vista médico. As pessoas indígenas também têm direito ao acesso, sem discriminação alguma, a todos os serviços sociais e de saúde.

2. Os indígenas têm direitos a desfrutar igualmente do maior nível de saúde física e mental. Os Estados tomarão as medidas que sejam necessárias a fim de lograr progressivamente a plena realização deste direito.

Artigo 25

Os povos indígenas têm direito em manter e fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente têm possuído ou ocupado e utilizado de outra forma, e a assumir a responsabilidade que a esse propósito lhes incumbem respeito, às gerações vindouras.

Artigo 26

1. Os povos indígenas têm direito as terras, territórios e recursos que tradicionalmente tem possuído ocupado ou de outra forma ocupado ou adquirido.
2. Os povos indígenas têm direitos a possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional, ou outra forma de tradicional de ocupação ou utilização, assim como aqueles que tenham adquirido de outra forma.
3. Os Estados assegurarão o reconhecimento e proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos. O referido reconhecimento respeitará devidamente os costumes, as tradições e os sistemas de usufruto da terra dos povos indígenas.

Artigo 27

Os Estados estabelecerão e aplicarão, conjuntamente com os povos indígenas interessados, um processo equitativo, independente, imparcial, aberto e transparente, em que nele se reconheçam devidamente as leis, tradições, costumes e sistemas de usufruto da terra dos povos indígenas, para reconhecer e adjudicar os direitos dos povos indígenas em relação às suas terras, territórios e recursos, compreendidos aqueles que tradicionalmente tenham possuído ocupado, ou utilizado de outra forma. Os povos indígenas terão direito de participar neste processo.

Artigo 28

1. Os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não seja possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e os recursos que tradicionalmente tenham possuído, ocupado ou utilizado de outra forma e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado.
2. Exceto quando os povos interessados hajam conveniado livremente em outra coisa, a indenização consistirá em terras, territórios e recursos de igual qualidade, extensão e condição jurídica ou, em uma indenização monetária ou outra reparação adequada.

Artigo 29

1. Os povos indígenas têm direito à conservação e proteção do meio ambiente e da capacidade produtiva de suas terras, territórios e recursos. Os Estados deverão estabelecer e executar programas de assistência aos povos indígenas, para assegurar essa conservação e proteção, sem discriminação alguma.
2. Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir que não se armazenem nem eliminem materiais perigosos em suas terras ou territórios dos povos indígenas, sem seu consentimento livre, prévio e informado.
3. Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir, segundo seja necessário, que se apliquem devidamente programa de controle, manutenção e restabelecimento da saúde dos povos indígenas, afetados por esses materiais; programas que serão elaborados e executados por esses povos.

Artigo 30

1. Não se desenvolverão atividades militares nas terras ou territórios dos povos indígenas, a menos que o justifique uma razão de interesse público pertinente, ou que o aceitem ou solicitem livremente os povos indígenas interessados.
2. Os Estado celebrarão consultas eficazes com os povos indígenas interessados, para os procedimentos apropriados e em particular por meio de suas instituições representativas, antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades militares.

Artigo 31

1. Os povos indígenas têm o direito a manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias, assim como, assim com a de suas ciências,

tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais, e as artes visuais e interpretativas. Também tem direito a manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual de seu patrimônio intelectual, seus conhecimentos tradicionais e suas manifestações culturais tradicionais.

2. Conjuntamente com os povos indígenas, os Estados adotarão medidas eficazes para reconhecer e proteger o exercício destes direitos.

Artigo 32

1. Os povos indígenas têm direitos a determinar e elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou utilização de suas terras ou territórios e outros recursos.

2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa fé com os povos indígenas interessados na condução de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado, antes de aprovar qualquer projeto que afete as suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação com o desenvolvimento, a utilização ou a exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.

3. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a reparação justa e equitativa por essas atividades, e se adotarão medidas adequadas para mitigar suas conseqüências nocivas de ordem ambiental, econômica, social, cultural ou espiritual.

Artigo 33

1. Os povos indígenas têm o direito de determinar sua própria identidade ou pertencimento étnico, conforme seus costumes e tradições, isso não impossibilita o direito das pessoas indígenas em obter a cidadania dos Estados em que vivem.

2. Os povos indígenas têm direito em determinar as estruturas e a eleger a composição de suas instituições em conformidade com seus próprios procedimentos.

Artigo 34

Os povos indígenas têm direitos a promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

Artigo 35

Os povos indígenas têm o direito de determinar as responsabilidades dos indivíduos para com as suas comunidades.

Artigo 36

1. Os povos indígenas, em particular os que estão divididos por fronteiras internacionais, têm direito a manter e desenvolver os contatos, as relações e a cooperação, incluídas as atividades de caráter espiritual, cultural, política, econômica e social, com seus próprios membros, assim como outros povos através das fronteiras.

2. Os Estados, em consulta e cooperação com os povos indígenas, adotarão medidas eficazes, para facilitar o exercício e garantir a aplicação deste direito.

Artigo 37

1. Os povos indígenas têm o direito a que os tratados, acordos e outros arranjos construtivos, acordados com os Estados ou seus sucessores, sejam reconhecidos, observados e aplicados segundo seu espírito e propósito originais, e que os Estados acatem e respeitem esses tratados, acordo e outros arranjos construtivos.

2. Nada do assinalado na presente Declaração se interpretará no sentido em que impossibilite ou suprima os direitos dos povos indígenas que figurem nos tratados, acordos e arranjos construtivos.

Artigo 38

Os Estados, em consulta e cooperação com os povos indígenas, adotarão as medidas apropriadas, incluídas medidas legislativas, para alcançar os fins da presente Declaração.

Artigo 39

Os povos indígenas têm direito à assistência financeira e técnica dos Estados por via da cooperação internacional, para o desfrute dos direitos enunciados na presente Declaração.

Artigo 40

Os povos indígenas têm direitos a procedimentos equitativos e justos, para o acerto de controvérsias com os Estados ou outras partes e uma pronta decisão sobre essas controvérsias, assim como, uma reparação efetiva para toda a lesão de seus direitos individuais e coletivos. Nessas decisões lavarse-ão devidamente em consideração os costumes, as tradições, as normas e os sistemas jurídicos dos povos indígenas interessados e as normas internacionais dos direitos humanos.

Artigo 41

Os órgãos e organismos especializados do sistema das Nações Unidas e outras organizações intergovernamentais, contribuirão à plena realização das disposições da presente Declaração mediante a mobilização, entre outras coisas, da cooperação financeira e da assistência técnica. Estabelecer-se-ão os meios para assegurar a participação dos povos indígenas em relação aos assuntos que os afetem.

Artigo 42

As Nações Unidas, seus órgãos, incluindo O Fórum Permanente para as Questões Indígenas e os organismos especializados, em particular a nível local, assim como os Estados, promoverão o respeito e a plena aplicação das disposições da presente Declaração e valerão pela eficácia da presente Declaração.

Artigo 43

Os direitos reconhecidos na presente Declaração constituem as normas mínimas para a sobrevivência, a dignidade e bem estar dos povos indígenas do mundo.

Artigo 44

Todos os direitos e liberdades reconhecidos na presente declaração garantem a igualdade ao homem e à mulher indígenas.

Artigo 45

Nada no contido na presente Declaração interpretar-se-á no sentido de que se limite ou anule os direitos que os povos indígenas têm na atualidade, ou possam adquirir no futuro.

Artigo 46

1. Nada do assinalado na presente Declaração interpretar-se-á no sentido de que se conceda a um Estado, povo, grupo ou pessoa, nenhum direito a participar numa atividade, ou realizar, atos contrários à Carta das Nações Unidas, ou se entenderá no sentido de que autoriza ou fomenta ação

alguma encaminhada a violar ou reduzir total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.

2. No exercício dos direitos enunciados na presente Declaração, respeitarse-ão os direitos humanos e liberdades fundamentais de todos. O exercício dos direitos estabelecidos na presente Declaração, estarão sujeitos exclusivamente às limitações determinadas pela lei e com arranjo às obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. Essas limitações, não serão discriminatórias e serão somente as estritamente necessárias para garantir o reconhecimento e respeito devido aos direitos e liberdades dos demais, e para satisfazer as justas exigências de uma sociedade democrática.

3. As disposições enunciadas na presente Declaração interpretar-se-ão como arranjo aos princípios da justiça, da democracia, o respeito aos direitos humanos, da igualdade, à não discriminação, à boa administração pública, e à boa fé.

ANEXO B

Estatuto dos Povos Indígenas
Proposta da Comissão Nacional de Política Indigenista
Brasília, 5 de junho de 2009.

Ministério da Justiça
Comissão Nacional de Política Indigenista
ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS

Estatuto dos Povos Indígenas
TÍTULO I - Dos Princípios e Definições

CAPÍTULO I - Dos Princípios

Art. 1º. Esta lei regula a situação jurídica dos indígenas, de suas comunidades e de seus povos, com o propósito de proteger e fazer respeitar sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, os direitos sobre as terras que ocupam e todos os seus bens.

Art. 2º. Aos indígenas, às comunidades e aos povos indígenas se estende a proteção das leis do País, em condições de igualdade com os demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta lei.

Art.3º. As relações internas de uma comunidade indígena serão reguladas por seus usos, costumes e tradições.

Art.4º. Os indígenas são brasileiros natos e a eles são assegurados todos os direitos civis, políticos, sociais e trabalhistas, bem como as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição Federal. Parágrafo único. Aos indígenas é assegurada a isonomia salarial em relação aos demais trabalhadores e a eles se estende o regime geral de previdência social.

Art. 5º. Cumpre à União, com a coordenação do órgão federal indigenista e a partir das diretrizes definidas pelo Conselho Nacional de Política Indigenista, proteger e promover os direitos indígenas reconhecidos pela Constituição Federal e regulados por esta lei, podendo contar com a colaboração de entidades públicas e privadas, Estados, Municípios e Distrito Federal, desde que previamente pactuada, na forma de convênios, parcerias e outros instrumentos legais, em conformidade com os interesses dos povos e comunidades indígenas.

Art. 6º. A política de proteção dos povos indígenas e promoção dos direitos indígenas terá como finalidades:

I - garantir aos indígenas o acesso aos conhecimentos da sociedade brasileira e sobre o seu funcionamento;

II - garantir meios para sua auto-sustentação, respeitadas as suas diferenças culturais;

III - assegurar a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e de subsistência;

IV - assegurar o seu reconhecimento como grupos etnicamente diferenciados, respeitando suas organizações sociais, usos, costumes, línguas e tradições, seus modos de viver, criar e fazer, seus valores culturais e artísticos e demais formas de expressão;

V - garantir a posse e a permanência nas suas terras e o usufruto exclusivo das riquezas dos solos, rios e lagos nelas existentes;

VI - garantir o pleno exercício dos direitos civis e políticos;

VII - proteger os bens de valor artístico, histórico e cultural, os sítios arqueológicos e as demais formas de referência à identidade, à ação e à história dos povos ou comunidades indígenas;

VIII – proteger os povos em risco de extinção, em situação de isolamento voluntário ou não contatados.

Parágrafo único. A política disposta no caput deste artigo se aplica a todos os indígenas, indistintamente, independente da localidade em que se encontrem.

Art. 7º. Não se farão restrições ou exigências aos indígenas quanto a indumentárias, trajes e pinturas tradicionais, para fins de ingresso e permanência em espaços públicos e em dependências de quaisquer dos Poderes da República ou órgãos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Art. 8º. As relações de parentesco, incluídas aquelas decorrentes de adoção, constituídas segundo os usos, costumes e tradições indígenas, independentemente de sua forma ou estrutura, são reconhecidas e devem ser protegidas pelo Estado.

CAPÍTULO II – Das definições e registros

Art. 9º. Para efeito desta lei consideram-se:

I - Povos indígenas, as coletividades de origem pré-colombiana que se distinguem no conjunto da sociedade e entre si, com identidade e organização próprias, cosmovisão específica e especial relação com a terra que habitam.

II - Comunidade, o grupo humano local, parcela de um ou mais povos indígenas com organização própria.

III - Indígena, o indivíduo que se considera como pertencente a um povo ou comunidade, e é por seus membros reconhecido como tal.

IV - Organização indígena, pessoa jurídica de direito privado, de caráter associativo, envolvendo uma ou mais comunidades indígenas de um ou mais povos indígenas.

Parágrafo Único. É assegurado o direito de associação civil constituída por membros de comunidades indígenas.

Art.10. As comunidades indígenas têm personalidade jurídica e sua existência independe de registro ou qualquer ato do Poder Público e serão representadas judicial e extrajudicialmente de acordo com seus usos, costumes e tradições.

Art. 11 Os nascimentos e os óbitos dos indígenas deverão ser registrados de acordo com a legislação comum, gratuitamente, respeitadas as diversidades culturais de cada povo.

Art. 12 No registro, nas identificações civis, nos demais documentos e sistemas de informação oficiais deverão constar obrigatoriamente, o povo indígena ao qual pertence o registrado, respeitadas as peculiaridades quanto à qualificação do nome e prenome, e filiação.

Parágrafo único. Deve ser respeitada a vontade do indígena no que tange à escolha de seu nome, bem como posterior modificação de acordo com seus usos, costumes e tradições.

Art.13 Caso haja alteração de um dos elementos descritos no artigo anterior, desde que requerido pelo interessado, será feita a devida averbação do registro de acordo com o disposto nos artigos 97 e seguintes da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Art.14. Haverá livros próprios, no órgão indigenista federal, para o registro administrativo de nascimentos e óbitos de indígenas.

Parágrafo único. O registro administrativo constituirá documento hábil para proceder ao registro civil ou ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova.

TÍTULO II - Do patrimônio e da sua administração

CAPÍTULO I - Do patrimônio indígena

Art. 15. Integram o patrimônio indígena, além de outros bens e direitos que sejam atribuídos aos povos ou comunidades indígenas:

I - os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas e a posse permanente dessas terras e das reservadas;

II - o usufruto exclusivo de todas as riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas, inclusive do patrimônio genético e da biodiversidade, incluídos os acessórios e os acrescidos e o exercício de caça, pesca, coleta, garimpagem, faiscação e cata;

III - os bens móveis e imóveis dos povos ou comunidades indígenas, adquiridos a qualquer título;

IV - o direito autoral, e sobre obras artísticas de criação das próprias comunidades ou povos indígenas, incluídos os direitos de imagem;

V - os direitos sobre as tecnologias, obras científicas e inventos de criação das comunidades indígenas;

VI - os bens imateriais concernentes às diversas formas de manifestação sociocultural das comunidades indígenas;

VII - o patrimônio genético, a biodiversidade das terras indígenas e os conhecimentos tradicionais associados.

Art. 16. São titulares do patrimônio indígena:

I - a população indígena do País, no tocante aos bens pertencentes ou destinados aos indígenas e que não se caracterizem como sendo de comunidades ou povos indígenas determinados;

II - a comunidade ou povo indígena determinado, no tocante aos bens considerados disponíveis localizados na terra indígena que ocupe, ou àqueles caracterizados como a ela tencentes.

Parágrafo único. Os bens adquiridos com recursos oriundos da exploração do patrimônio indígena pertencem à comunidade ou povo indígena titular do patrimônio explorado, independentemente de estarem registrados em nome de um ou mais de seus membros ou representantes.

Art. 17. Cabe à comunidade ou povo indígena a administração dos bens que integram o seu patrimônio.

Parágrafo único. O órgão indigenista federal administrará os bens de que trata o inciso I do artigo anterior, podendo administrar também os referentes ao inciso II do mesmo artigo, por expressa delegação da comunidade ou povo indígena interessado.

Art. 18. Cabe ao órgão indigenista federal oferecer meios para que a comunidade indígena exerça a administração efetiva do seu patrimônio.

CAPÍTULO II - Dos Conhecimentos Tradicionais

Art. 19. Reputam-se conhecimentos tradicionais os saberes, técnicas, criações do espírito e tradições culturais de uso coletivo das comunidades e povos indígenas, desenvolvidos e transmitidos ao longo das gerações.

§1º. Os conhecimentos tradicionais, por sua natureza coletiva, não podem ser objeto de direito privado ou exclusivo, mesmo que somente um membro da comunidade ou povo o detenha;

§2º. Os direitos coletivos sobre conhecimentos tradicionais de povos e comunidades indígenas são inalienáveis, impenhoráveis, indisponíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis e a sua proteção não afetará, prejudicará ou limitará outros direitos relativos à propriedade intelectual.

Art. 20. Os direitos patrimoniais sobre os conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas perduram enquanto subsistirem as características que permitem a tais conhecimentos serem identificados como indígenas nos contextos culturais em que foram gerados.

Art. 21. A utilização de conhecimentos tradicionais por pessoas alheias às comunidades e povos indígenas que os criaram depende do consentimento e da consulta prévia, livre e informada das comunidades detentoras de acordo com o título V deste Estatuto.

Art. 22. A utilização de conhecimentos tradicionais de comunidades indígenas sem o consentimento prévio e informado das comunidades indígenas sujeitará o infrator a multa aplicada pelo órgão indigenista federal em processo administrativo.

§1º. A multa de que trata o caput será calculada considerando-se a natureza e a gravidade e o prejuízo resultante da infração;

§2º. O não pagamento da multa no prazo de 10 dias após a condenação sujeitará o infrator a juros de mora.

Art. 23. As comunidades e povos indígenas poderão decidir livremente pela não utilização de seus conhecimentos tradicionais, independentemente de justificativa. Parágrafo Único. Os órgãos federais competentes acompanharão o interessado durante sua permanência na terra

indígena para garantir o cumprimento da decisão de não utilização de conhecimentos tradicionais de que trata o caput.

Art. 24. A utilização de conhecimentos tradicionais por pessoas alheias às comunidades e povos indígenas deverá se dar através de seus usos, costumes e tradições representados em contrato, assinado entre o interessado e as lideranças ou entidades indígenas escolhidas para tal intercâmbio, que terá como cláusulas essenciais e obrigações:

I - A repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes do acesso;

II - o respeito às determinações sobre as pessoas autorizadas a utilizar os conhecimentos tradicionais;

III - o respeito às determinações das comunidades indígenas sobre as formas permitidas de utilização dos conhecimentos tradicionais;

IV - o respeito às vedações a determinadas utilizações dos conhecimentos tradicionais;

V - a informação plena, pelo interessado, das pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pelo acesso, as formas de acesso e os prazos de duração.

§1º. A elaboração do contrato de utilização dos conhecimentos tradicionais e o seu cumprimento serão fiscalizados pelos órgãos competentes;

§2º. O órgão indigenista federal e o Ministério Público Federal deverão anuir com o contrato de que trata o caput, dele participando como intervenientes;

§3º. O contrato de que trata o caput será redigido em língua portuguesa e, se possível, nas línguas das comunidades indígenas dos povos que dele participarem;

§4º. As responsabilidades estabelecidas no contrato de utilização de conhecimentos tradicionais estendem-se às pessoas naturais e jurídicas que mantenha contato com o interessado com o fim de utilizar os conhecimentos tradicionais;

§5º. A finalidade de que trata o caput será presumida quando houver indícios da utilização dos conhecimentos tradicionais na pesquisa, desenvolvimento, fabricação ou oferta de quaisquer produtos ou no desenvolvimento e na oferta de quaisquer serviços;

§6º. O descumprimento do contrato de utilização de conhecimentos tradicionais pelo interessado o sujeitará a multa de 40 a 80% do valor gerado, aplicado em dobro em caso de reincidência;

§7º. O contrato de utilização de conhecimentos tradicionais terá prazo mínimo de duração de sete anos e máximo de 15 anos.

Art. 25. O exercício dos direitos assegurados por esta Lei às comunidades e povos indígenas sobre seus conhecimentos tradicionais independe de quaisquer atos constitutivos do Poder Público.

§1º. A adoção, pelo Poder Público, de registros, inventários, cadastros ou outras formas de sistematização de informações acerca de conhecimentos tradicionais ou de seus provedores será facultativa e de natureza exclusivamente declaratória e não prejudicial ao livre exercício dos direitos por esta Lei reconhecidos;

§2º. A defesa dos direitos das comunidades indígenas no tocante aos conhecimentos tradicionais será facilitada, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação segundo as regras ordinária de experiência.

Art. 26. Serão objetivos das políticas públicas para a proteção e promoção dos conhecimentos tradicionais:

I - Reconhecer, proteger e promover os direitos originários dos povos e comunidades indígenas sobre os seus conhecimentos tradicionais, suas práticas e usos associados;

II - Desenvolver e promover mecanismos eficientes e legitimados de repartição equitativa de benefícios nas ações que envolvam o acesso aos recursos genéticos, à biodiversidade, aos conhecimentos tradicionais associados e ao patrimônio material e imaterial dos povos e comunidades indígenas;

III - Elaborar e implementar junto aos povos e comunidades indígenas, com a participação de entidades representativas e parceiras, ações voltadas à proteção, à revitalização e à conservação dos conhecimentos e práticas tradicionais e uso sustentável dos recursos naturais, bem como a divulgação dessas ações ao público em geral;

IV - Definir critérios para a documentação, o registro e a utilização de conhecimentos tradicionais pelos meios disponíveis, visando a promoção do desenvolvimento sustentável de acordo com a legislação em vigor;

V - Capacitar agentes públicos e membros de comunidades e povos indígenas sobre a legislação e as ações referentes à proteção e à valorização dos conhecimentos tradicionais;

VI - Implementar programas, projetos e ações voltados para os povos e comunidades indígenas, que valorizem os conhecimentos e as práticas tradicionais de conservação e uso sustentável dos recursos naturais;

VII - Apoiar e valorizar as formas tradicionais de sociabilidade (festas, rituais, reuniões, encontros, mutirões) e demais práticas solidárias e de saberes tradicionais e ancestrais; VIII - Criar mecanismos de apoio à identificação, valorização, e revitalização dos processos culturais, rituais, festas e demais práticas tradicionais e ancestrais, garantindo mecanismos de acesso aos produtos nacionais e internacionais necessários a esses processos;

IX - Promover o mapeamento e o registro de práticas culturais tradicionais para o fortalecimento e visibilidade das identidades dos povos e comunidades indígenas;

X - Promover mecanismos de apoio à transmissão de saberes tradicionais às crianças e aos jovens dos povos e comunidades indígenas para a manutenção e revitalização de práticas étnicas, culturais, tradicionais, políticas e ancestrais, com vistas à formação de novas referências;

Art. 27. A utilização de conhecimentos tradicionais já disseminados no exterior dos territórios indígenas pode ainda ser restringido mediante entendimento dos povos indígenas envolvidos.

TÍTULO III - Dos bens, garantias, negócios e proteção

CAPÍTULO I - Dos bens, garantias e negócios

Art. 28. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos e negócios praticados entre indígenas e terceiros que desrespeitem os usos, costumes, crenças e tradições dos povos e comunidades indígenas. Parágrafo único. Podem os indígenas, suas comunidades e organizações, bem como o Ministério Público Federal, ingressar em juízo para declarar nulos os atos e negócios a que se refere o caput deste artigo e para obter a indenização devida.

Art. 29. Não poderão ser objeto de atos ou negócios jurídicos os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, a posse permanente dessas terras e a das reservadas e o usufruto das riquezas naturais do solo, rios e lagos nelas existentes.

Art. 30. São respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas nos atos ou negócios realizados entre indígenas ou comunidades indígenas, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

Art. 31. Aplicam-se as normas do direito comum às relações entre indígenas e terceiros, ressalvado o disposto nesta lei.

Art. 32. Os contratos de qualquer natureza, firmados por comunidades indígenas com pessoas, entidades ou empresas estrangeiras ficarão sob a supervisão da União, que defenderá subsidiariamente os interesses e direitos daquelas nos foros nacionais e internacionais.

§1º. as negociações poderão ser acompanhadas pelo órgão indigenista federal, pelo Ministério Público Federal e demais órgãos competentes, com as seguintes finalidades:

I - orientar os indígenas, comunidades e organizações indígenas sobre os seus direitos e deveres, nos respectivos contratos;

II - informar as comunidades indígenas sobre as implicações dos atos e negócios praticados, inclusive os possíveis danos ambientais;

III - fazer respeitar as decisões dos indígenas, das comunidades e das organizações indígenas;

IV - respeitar as especificidades culturais, os usos, costumes e tradições de cada povo indígena.

CAPÍTULO II - Da proteção territorial e ambiental

Art. 33. Compete à União, por intermédio do órgão indigenista federal, proteger e fazer respeitar os bens materiais e imateriais dos povos indígenas nos termos dessa lei.

§1º. A União responsabilizará as pessoas não indígenas por quaisquer atos que causem danos às terras e comunidades indígenas.

§2º. Os povos e comunidades indígenas podem apoiar a União na proteção das terras indígenas, cabendo a esta garantir-lhes os recursos necessários para esta finalidade.

Art. 34. A autorização para o ingresso nas terras indígenas será concedida pelas comunidades indígenas devendo, quando necessário, o ato ser informado ao órgão indigenista federal.

§1º. O ingresso nas terras indígenas é garantido independentemente da autorização dos povos indígenas, nos seguintes casos:

I - para as Forças Armadas em terras indígenas, em cumprimento de sua missão constitucional;

II - por ordem judicial ou flagrante delito.

§2º. A prestação de serviços públicos essenciais destinados aos povos indígenas independe de autorização destes, condicionada a concordância por ocasião da consulta prévia de que trata esta lei.

Art. 35. Cabe ao órgão indigenista, quando procurado por qualquer pessoa física ou jurídica que pretenda ingressar em determinada terra indígena, promover a consulta prévia do referido povo indígena, informando-o com clareza sobre a finalidade da visita nos termos do disposto pelo Título V.

Art. 36. Compete ao órgão indigenista federal exercer o poder de polícia dentro dos limites das terras indígenas, na defesa e proteção territorial e ambiental, para:

I - interditar, por prazo determinado, prorrogável mediante motivação, as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas para resguardo do território e das comunidades ali ocupantes;

II - interditar por prazo determinado, prorrogável mediante motivação, áreas ocupadas por povos indígenas em situação de isolamento e os não contatados.

III - apreender veículos, bens e objetos de pessoas que estejam explorando o patrimônio indígena sem a devida autorização legal;

IV - aplicar multas e penalidades.

§1º. Os veículos, bens e objetos apreendidos dentro de terra indígena na forma do inciso III deste artigo ficam sujeitos à pena de perdimento por dano ao patrimônio público.

§2º. Sem prejuízo da ação penal cabível, os bens apreendidos nas condições do inciso III deste artigo, uma vez aplicada a pena de perdimento, serão vendidos em hasta pública, e o produto da venda será depositado em conta específica do órgão indigenista federal, para ser aplicado em benefício das comunidades indígenas afetadas.

§3º. Fica o órgão indigenista federal obrigado, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da promulgação desta lei, a regulamentar o poder de polícia e os procedimentos de fixação e aplicação de multas e penalidades previstas neste artigo, sem prejuízo da aplicabilidade imediata do disposto nos incisos e parágrafos anteriores.

Art. 37. A União, os Estados e Municípios responderão pela ação ou omissão de seus agentes no que se refere à proteção dos recursos ambientais localizados em terras indígenas.

Art. 38. São partes legítimas para a defesa dos direitos e interesses dos povos e comunidade indígenas:

I - O Ministério Público Federal;

II - Os indígenas, suas comunidades e organizações;

III - O órgão indigenista Federal.

Art. 39. Os povos e comunidades indígenas gozarão das mesmas vantagens asseguradas por lei à União, quanto aos prazos processuais, custas judiciais e impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços.

Art. 40. Nenhuma medida judicial será concedida liminarmente nas causas em que os povos ou comunidades indígenas figurem no pólo passivo da relação processual, sem a sua prévia audiência e da União, do Ministério Público Federal e do órgão indigenista federal.

TÍTULO IV – Das Terras Indígenas

CAPÍTULO I – Disposições Gerais

Art. 41. São terras indígenas:

I - as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas;

II - as terras instituídas pela União, Estados e Municípios e destinadas à posse e à ocupação dos indígenas, seus povos e suas comunidades.

§1º. As terras previstas no inciso I deste artigo são aquelas dispostas no art. 231 da Constituição Federal, incluindo-se as terras ocupadas pelos indígenas isolados, interdidas pelo órgão indigenista federal.

§2º. As terras previstas no inciso II deverão obedecer aos princípios e diretrizes estabelecidas nesta lei.

Art. 42. Os direitos dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam são originários, e independem de reconhecimento por parte do Poder Público.

Art. 43. As terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Art. 44. As terras indígenas são destinadas à posse permanente dos indígenas, cabendo lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Art. 45. É vedada a remoção dos indígenas de suas terras, salvo *ad referendum* do Congresso Nacional, em casos 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.

CAPÍTULO II - Da demarcação das terras indígenas

Art. 46. As terras indígenas serão administrativamente demarcadas pelo órgão indigenista federal, de acordo com o procedimento estabelecido em Decreto do Poder Executivo.

§1º. A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República será registrada em livro próprio do serviço de patrimônio da União e do registro imobiliário da Comarca da situação da terra;

§2º. Contra a demarcação administrativa, processada nos termos dos artigos anteriores, não caberá a concessão de interdito possessório.

Art. 47. O povo ou comunidade indígena interessada poderá solicitar ao órgão indigenista federal a demarcação da sua terra ou a revisão dos seus limites quando em desacordo com o art. 231 da Constituição Federal.

Art. 48. Cabe à União Federal indenizar as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé, nos termos do art. 231, §6º, da Constituição Federal.

§1º. Consideram-se de boa-fé as benfeitorias existentes até a expedição da Portaria do Ministro de Estado da Justiça declaratória dos limites da terra indígena.

§2º. Não se aplica aos ocupantes não-indígenas o direito de retenção por suas benfeitorias.

Art. 49. A União Federal deverá promover e priorizar o reassentamento dos ocupantes não-indígenas que preencham os requisitos da reforma agrária, logo após a publicação do ato administrativo que declara os limites da terra indígena.

CAPÍTULO III – Gestão Territorial e Ambiental das Terras Indígenas

Art. 50. Constitui encargo da União, por intermédio dos órgãos federais de meio ambiente e indigenista, a manutenção do equilíbrio ecológico das terras indígenas e de seu entorno, mediante:

- I - diagnóstico sócio-ambiental, para conhecimento da situação, como base para as intervenções necessárias;
- II - recuperação das terras que tenham sofrido processos de degradação dos seus recursos naturais;
- III - controle ambiental das atividades potencial ou efetivamente modificadoras e com impactos negativos sobre o meio ambiente e a qualidade de vida das comunidades indígenas, inclusive aquelas desenvolvidas fora dos limites das terras indígenas que afetam;
- IV - educação ambiental, envolvendo a comunidade indígena e a sociedade regional na proteção ambiental das terras indígenas e de seu entorno;
- V - identificação e difusão de tecnologias, indígenas e não-indígenas, consideradas apropriadas do ponto de vista ambiental e antropológico.
- VI - fortalecimento das formas tradicionais de gestão ambiental dos povos indígenas;
- VII - fiscalização e controle dos ilícitos ambientais.

Parágrafo único - O órgão indigenista federal definirá uma faixa de segurança etnoambiental no entorno das terras indígenas, com a finalidade de garantir a proteção e o equilíbrio ecológico dessas terras.

Art. 51. Os povos e comunidades indígenas têm autonomia para fazer a gestão territorial e ambiental de suas terras, cabendo à União apoiar e promover estas atividades, respeitados os usos, costumes, tradições e formas de organização social destes povos e comunidades;

Art. 52. Os recursos naturais existentes em terras indígenas, salvo o disposto no Título VI, serão utilizados exclusivamente pelos indígenas de forma direta.

Art. 53. O licenciamento ambiental, em todas as suas fases, de empreendimentos que causem impacto social e ambiental às terras indígenas dependerá de parecer prévio do órgão indigenista federal, de caráter vinculante, após consulta à comunidade afetada, conforme estabelecido no Título V.

Art. 54. Aplicam-se às terras indígenas as normas jurídicas de proteção ao meio ambiente, naquilo que não contrariem o disposto nesta lei.

Art. 55. As atividades que potencial ou efetivamente causem impacto negativo ao meio ambiente nas terras indígenas somente se admitirão em caso de relevante interesse público da União, conforme previsto em lei complementar.

Parágrafo único. Não se aplica a este artigo as atividades necessárias à sobrevivência física e cultural dos povos indígenas, conforme seus usos, costumes e tradições.

Art. 56. A reserva legal a que se refere o Código Florestal e sua legislação correlata deverá ser mantida nas propriedades limítrofes de terras indígenas, preferencialmente nas suas divisas junto a estas terras.

Art. 57. Será garantida a participação do órgão indigenista federal na definição da política de ordenamento territorial e de estratégias de ocupação do território nacional por projetos governamentais ou privados, sempre que haja interesses indígenas envolvidos.

Art. 58. A continuidade ou recategorização das unidades de conservação já existentes, parcial ou totalmente incidentes em terras indígenas, dependerá do procedimento previsto no Título V.

Art. 59. O acesso e a utilização, por terceiros, de patrimônio genético existente nas terras indígenas, respeitará o direito de usufruto exclusivo das comunidades indígenas, e dependerá de prévia autorização das mesmas, bem como de prévia comunicação ao órgão indigenista federal, observado o disposto na legislação vigente.

CAPÍTULO IV - Atividades econômicas indígenas e uso sustentável dos recursos naturais renováveis

Art. 60. Os bens e os recursos naturais renováveis existentes nas terras indígenas destinam-se ao usufruto exclusivo dos indígenas, assegurada sua utilização sustentável para atividades econômicas tradicionais e não tradicionais, inclusive para fins de comercialização.

Art. 61. Cabe a União, sob a coordenação do órgão indigenista oficial, promover políticas de apoio às iniciativas econômicas indígenas.

Parágrafo único. Cabe ao órgão indigenista federal, coordenar, acompanhar e integrar as políticas, programas e ações de fomento às atividades econômicas sustentáveis, implementados por órgãos da administração pública federal, outros entes federativos e por pessoas físicas ou jurídicas de caráter privado.

Art. 62. É vedado o incentivo a atividades econômicas que não sejam consideradas sustentáveis do ponto de vista ambiental e cultural.

Art. 63. O fomento público às atividades econômicas indígenas dar-se-á:

I - Por execução direta dos órgãos responsáveis com recursos previstos no Orçamento Geral da União;

II - Carteira Permanente de Projetos, acessível à totalidade dos povos indígenas do país, com recursos a fundo perdido para apoio às iniciativas a serem executadas por organizações indígenas, e gerida de forma compartilhada entre os órgãos federais diretamente envolvidos, com representação paritária indígena;

III - Linha de crédito subsidiada específica para povos indígenas por meio dos bancos públicos.

Art. 64. Para os casos citados nos incisos II e III do artigo anterior, deverão ser garantidas formas facilitadas de acesso, gestão e prestação de contas dos recursos públicos adequando à legislação vigente para o caso específico dos povos indígenas.

Art. 65. Para garantir o financiamento de forma complementar, das atividades econômicas indígenas será criado um Fundo de captação de recursos nacionais e internacionais para a Promoção da Economia Sustentável Indígena.

Art. 66. A União, com a colaboração dos Estados e os Municípios, deverão investir na formação continuada de profissionais indígenas na área de sustentabilidade ambiental e econômica, garantindo o reconhecimento legal de sua categoria e a remuneração compatível com seus relevantes serviços.

Art. 67. O incentivo público para desenvolvimento de projetos econômicos indígenas que não impliquem em instalações perenes e não necessitem de plano de manejo não está condicionado ao processo de regularização fundiária.

Art. 68. O incentivo às atividades econômicas em terras indígenas deverá seguir os seguintes preceitos para garantir a sustentabilidade sócio-ambiental:

I - Implementadas em harmonia com os usos, costumes, crenças e tradições dos povos indígenas, garantindo-se a promoção do que cada povo entender por qualidade de vida;

II - O fomento as atividades econômicas em terras indígenas, por instituições públicas ou privadas, somente deverão ocorrer por iniciativa das comunidades.

III - É garantida a participação indígena, das comunidades e suas entidades representativas na elaboração, na execução, na avaliação e no gerenciamento das ações de incentivo as atividades econômicas a serem desenvolvidos em seu benefício.

IV - As prioridades do apoio e do incentivo a que se refere este artigo deverão ser definidas pelas próprias comunidades.

V - O fomento a qualquer atividade econômica em terras indígenas deverá ser fundamentado em estudos e diagnósticos etnoambientais prévios, assegurada a participação dos povos indígenas inclusive na escolha dos profissionais e especialistas.

VI - Será respeitado o conhecimento tradicional, através do incentivo ao uso de tecnologias indígenas e de outras consideradas apropriadas às realidades das comunidades, inclusive nos planos de manejo.

VII - Deverão ser respeitadas as especificidades culturais, ambientais, tecnológicas e socioeconômicas de cada povo indígena.

Art. 69. O aproveitamento comercial de recursos florestais madeireiros limitar-se-á às árvores desvitalizadas ou que tenham sido derrubadas em decorrência de atividades de reprodução social da comunidade, como as agrícolas e de construção de novas aldeias;

Parágrafo único O aproveitamento comercial dos recursos florestais madeireiros pelos indígenas, a que se refere o caput deste artigo deverá ser implementado preferencialmente na forma de produtos acabados, com maior valor agregado.

Art. 70. O aproveitamento comercial de recursos naturais renováveis não-madeireiros poderá ser realizado desde que respeite princípios e práticas de manejo sustentável, bem como as especificidades e potenciais de cada terra indígena e de suas comunidades.

Art. 71. Cabe ao órgão indigenista federal a capacitação dos indígenas e suas entidades representativas para o exercício efetivo do controle social sobre políticas, programas e ações de fomento, voltadas à sustentabilidade econômica das comunidades indígenas.

Art. 72. Compete ao órgão indigenista federal assessorar, capacitar e apoiar as comunidades indígenas nos aspectos técnico, administrativo e jurídico relativos à implementação e monitoramento de seus projetos, bem como na gestão dos recursos, podendo buscar a participação de outras instâncias governamentais e não-governamentais.

Art. 73. A distribuição, entre os membros indígenas, dos resultados, dos benefícios e da renda proveniente das atividades econômicas sustentáveis em terras indígenas será definido pelas comunidades, segundo seus usos, costumes e tradições.

Art. 74. Os projetos deverão ser suspensos quando constatados impactos sócio-ambientais negativos e ameaças aos direitos dos povos indígenas, não previstos anteriormente.

Art. 75. Como mecanismo para o fortalecimento da sustentabilidade indígena, principalmente o que tange a segurança alimentar e nutricional, serão implementadas pelo poder público medidas voltadas a:

I - aquisição de alimentos produzidos pela agricultura indígena, garantindo preços justos segundo o valor de mercado regional dos produtos,

II - alimentação diferenciada adequada nas escolas indígenas, propiciada através da compra dos alimentos produzidos nas próprias comunidades.

III - apoio a processos de certificação ou outros processos de agregação de valor.

IV - condições para o escoamento da produção indígena.

Art. 76. É reconhecido aos povos indígenas o direito à contraprestação pelos serviços ambientais das suas terras em função da conservação e uso sustentável dos recursos naturais.

Parágrafo único. Cabe ao Estado garantir e regular as formas de remuneração desta contraprestação, cujos recursos serão geridos pelas comunidades indígenas e suas organizações.

Art. 77. Compete a União promover políticas e programas de assistência técnica e extensão diferenciadas aos povos indígenas, em articulação com estados, municípios, sociedade civil organizada e entidades de pesquisa, ensino e extensão.

Art. 78. A assistência técnica e extensão rural diferenciada para os povos indígenas deverá seguir os seguintes princípios:

I - participação efetiva das comunidades indígenas e suas entidades representativas, no planejamento e execução da ação;

II - prioridade à contratação de técnicos indígenas,

III - valorização das práticas e tecnologias tradicionais,

IV - valorização da organização social da produção,

V - valorização das redes de distribuição (reciprocidade e troca),

VI - valorização das concepções e práticas rituais,

VII - valorização do conhecimento do ciclo produtivo pelos pajés e pelos guardiões da memória,

VIII - valorização dos saberes tradicionais ligados ao ciclo produtivo e ao tempo ecológico,

- IX - valorização das particularidades étnicas e socioculturais, sempre adequando as propostas e tecnologias à realidade de cada comunidade;
- X - valorização dos cultivos, práticas e hábitos alimentares tradicionais;
- XI - valorização da multidisciplinaridade, agregando várias áreas de conhecimento e atuação;
- XII - promoção de intercâmbio e troca de experiências entre comunidades e povos;
- XIII - valorização do papel dos anciãos como conhecedores da tradição e das técnicas de produção.

TÍTULO V – Da Consulta Prévia, Livre e Informada

Art. 79. Fica assegurada a participação dos povos e comunidades indígenas no planejamento, formulação, execução, coordenação e avaliação de todos os planos, projetos e programas que possam afetá-los diretamente.

Art. 80. Fica assegurado aos povos e comunidades indígenas o direito de serem consultados de forma prévia, livre e informada, conforme seus usos, costumes e tradições, nos seguintes casos:

- I - medidas legislativas de interesse dos povos e comunidades indígenas que possam afetá-los diretamente;
- II - medidas e atividades administrativas de interesse dos povos e comunidades indígenas que possam afetá-los diretamente;
- III - atividades consideradas de relevante interesse público da União desenvolvidas em terras indígenas nos termos de lei complementar.
- IV - atividades no entorno das terras indígenas que lhes acarretem potencial impacto.

Parágrafo único. Os procedimentos da consulta a que se refere este artigo serão estabelecidos por resolução do Conselho Nacional de Política Indigenista.

Art. 81. A realização de consulta prévia aos povos e comunidades indígenas caberá exclusivamente à União, por intermédio do órgão indigenista, assegurado o respeito às seguintes condições, sob pena de nulidade:

- I - respeito à diversidade cultural e à especificidade de cada um dos povos indígenas;
- II - realização da consulta na própria terra habitada pelos indígenas, quando se tratar de atividade obra ou serviço incidente nesta terra indígena;
- III - garantia de tradução na língua materna dos povos indígenas consultados, quando necessário;
- IV - presença obrigatória do órgão indigenista federal e do Ministério Público Federal;
- V - respeito aos processos próprios de aprendizagem dos indígenas;
- VI - apresentação de documentos e pareceres técnicos em linguagem simples e na forma adequada aos usos, costumes e tradições indígenas;
- VII - fortalecimento da tradição oral quando necessário;
- VIII - respeito às formas próprias de representação dos indígenas, suas comunidades e povos.
- IX - garantia do direito a informação plena e integral em todas as fases da atividade, obra ou projeto realizado.

Art. 82. O procedimento de consulta prévia deve se dar com a maior abrangência possível mediante a realização de:

- I - reuniões;
- II - seminários;
- III - audiências públicas;
- IV - conferências;
- V - debates;
- VI - qualquer outro modo de participação das comunidades ou povos interessados.

Art. 83. A consulta prévia buscará a construção de consensos e terá caráter deliberativo e vinculante.

TÍTULO VI – Do aproveitamento dos recursos minerais e hídricos

CAPÍTULO I - Dos Recursos Minerais

Art. 84. As atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas reger-se-ão pelo disposto nesta lei e, no que couber, pelo Decreto-Lei nº. 227, de 28 de fevereiro de 1967 – Código de Mineração e pela legislação ambiental.

§1º. Às atividades previstas no caput não se aplica o direito de prioridade, previsto no art.

11 do Código de Mineração.

§2º. São nulos de pleno direito, não produzindo efeitos jurídicos, as autorizações, concessões e demais títulos atributivos de direitos minerários em terras indígenas, concedidos antes da promulgação desta Lei.

Art. 85. A pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas só podem ser realizadas mediante autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, sendo-lhes assegurada participação nos resultados da lavra.

Art. 86. A pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas serão efetivadas, pelo regime especial previsto nesta lei e pelo regime de extrativismo mineral indígena.

Art. 87. É vedada a pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas não demarcadas, ocupadas por indígenas isolados e de contato recente, invadidas, ou em situação de conflito.

Art. 88. As comunidades indígenas afetadas pela exploração mineral têm direito a consulta prévia e informada, com o poder de veto se não concordarem com essa atividade em suas terras.

§1º. Deverá ser garantida a comunidade indígena o amplo acesso aos processos de autorização, pesquisa e concessão de lavra, e a efetiva participação em todas as fases do procedimento, inclusive durante os trabalhos de lavra.

§2º. Antes de iniciar a lavra dos recursos minerais fica assegurada nova consulta as comunidades indígenas.

Art. 89. A exploração mineral em terras indígenas ocorrerá na hipótese de relevante interesse público da União, nos termos do art. 231, §6º da Constituição Federal.

Art. 90. A pesquisa e a lavra de recursos naturais em terras indígenas, além das ressalvas previstas nesta lei, não poderão ser feitas:

I - quando inviabilizarem a continuidade do modo de vida, das tradições, dos costumes e das crenças das comunidades indígenas afetadas;

II - quando incidirem sobre monumentos históricos, culturais, religiosos e sagrados;

III - em locais de moradias das comunidades indígenas a serem definidas pelos laudos antropológicos e estudos prévios de impacto ambiental;

Art. 91. O pedido de autorização para a pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas terá seu procedimento administrativo iniciado pelo Poder Executivo por intermédio do órgão gestor dos recursos minerais.

§1º. O pedido a que se refere o *caput* deste artigo deverá conter, obrigatoriamente:

I - demonstração da necessidade da exploração dos bens minerais potencialmente presentes na terra indígena.

II - o memorial descritivo da área e a classe das substâncias minerais de interesse, previstas no regulamento.

III - parecer técnico especializado sobre a potencialidade geológica dos recursos minerais especificados e seu aproveitamento, elaborado por comissão composta por, no mínimo, três técnicos do órgão gestor dos recursos minerais.

§2º. Admitir-se-á o aerolevanteamento para balizar o parecer técnico previsto no parágrafo anterior deste artigo. Nos casos de necessidade de pesquisa de campo a entrada em terras indígenas será autorizada pela comunidade afetada informado o órgão indigenista federal.

Art. 92. As comunidades indígenas potencialmente afetadas serão científicas da instauração do procedimento administrativo para pesquisa e lavra de recursos minerais em sua terra.

Art. 93. Constatada a inexistência de potencialidade geológica no parecer técnico o órgão gestor dos recursos minerais determinará o arquivamento e a comunicação ao órgão indigenista federal e a comunidade indígena afetada.

Art. 94. Constatada a existência de potencialidade geológica no parecer técnico o órgão gestor dos recursos minerais solicitará a elaboração simultânea de pareceres técnicos especializados:
I - ambiental, sobre prováveis restrições e condições à atividade de pesquisa e lavra em terra indígena;

II - de compatibilidade sociocultural, para demonstrar os possíveis impactos da exploração mineral na comunidade indígena.

Parágrafo único. Os pareceres técnicos de que trata o *caput* serão elaborados por comissões compostas por, no mínimo, três técnicos, devendo ser submetidos à aprovação das autoridades por eles competentes.

Art. 94. Quando a terra indígena estiver situada em área indispensável à segurança do território nacional ou em faixa de fronteira deverá ser ouvido o Conselho de Defesa Nacional (CDN), nos termos do inciso III do § 1º do art. 91 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Se o CDN estabelecer critérios ou condições para o exercício da atividade de pesquisa e lavra em terra indígena o seu descumprimento poderá implicar na exclusão do concorrente do procedimento licitatório ou na rescisão do contrato de concessão.

Art. 95. Concluídos os laudos ambiental e sociocultural e a manifestação do CDN, o processo será encaminhado ao órgão indigenista federal, para oitiva da comunidade indígena.

Art. 96. A oitiva da comunidade indígena será promovida com o objetivo de dar conhecimento aos indígenas, em linguagem a eles acessível, do requerimento de pesquisa e lavra de recursos minerais em suas terras e das implicações dessas atividades na comunidade, para que manifestem sua concordância ou recusa.

§1º. A oitiva será realizada na própria terra indígena e dela poderão participar, além do representante do órgão indigenista federal e do Ministério Público Federal, representantes do órgão gestor dos recursos minerais e do Conselho de Defesa Nacional, este último na hipótese prevista nesta lei.

§2º. A concordância dos indígenas será formalizada em documento a ser assinado pelos membros integrantes da comunidade indígena e representantes dos órgãos que tenham participado da oitiva.

§3º. Com a recusa dos indígenas, que será formalizada em documento a ser assinado pelos membros integrantes da comunidade indígena e representantes dos órgãos que tenham participado da oitiva, o processo será arquivado.

Art. 97. A solicitação de autorização para as atividades de pesquisa e lavra a ser encaminhada ao Congresso Nacional deverá estar acompanhada do parecer sobre a potencialidade geológica, laudo ambiental, laudo de compatibilidade sociocultural e do termo de concordância das comunidades indígenas potencialmente afetadas.

§1º. A solicitação de autorização conterá o memorial descritivo da área a ser autorizada, nos termos definidos pelos órgãos federais competentes e especificará, obrigatoriamente, a classe das substâncias minerais e o prazo de vigência do futuro contrato de concessão.

§2º. O decreto legislativo conterá as condições peculiares à cultura e organização social das comunidades indígenas afetadas.

Art. 98. Para os efeitos desta Lei, serão consideradas áreas de servidão as mínimas e indispensáveis para o desenvolvimento da lavra.

Parágrafo único. As servidões e os critérios previstos no *caput* deste artigo serão detalhados no âmbito do processo licitatório, no qual serão favorecidas as propostas técnicas que envolvam a menor necessidade de servidões.

Art. 99. Se o Congresso Nacional não autorizar as atividades de pesquisa e lavra na terra indígena, o processo será arquivado, com ciência ao Poder Executivo e às comunidades indígenas potencialmente afetadas.

Art. 100. Na hipótese de ser autorizada pelo Congresso Nacional à realização das atividades de pesquisa e lavra na terra indígena e depois de publicado o respectivo Decreto Legislativo, será procedida a licitação, que observará o disposto nesta Lei, no decreto que a regulamentar e no respectivo edital.

Art. 101. O órgão federal de gestão dos recursos minerais, o órgão indigenista federal e as comunidades indígenas afetadas, conjuntamente, elaborarão o edital de licitação previsto no artigo anterior.

Art. 102. Somente poderão habilitar-se ao procedimento licitatório para as atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas:

I - brasileiro;

II - empresa constituída sob as leis brasileiras que tenha sede e administração no País;

III - cooperativa ou associação indígena que atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos em ato conjunto do órgão gestor dos recursos minerais e do órgão indigenista federal.

Parágrafo único. As cooperativas ou associações indígenas poderão unir-se a empresas com experiência na atividade mineradora para participar do procedimento licitatório instituído por esta Lei.

Art. 103. O edital da licitação será acompanhado do memorial descritivo da área a ser concedida e da minuta do respectivo contrato e indicará, obrigatoriamente:

I - o prazo de duração do contrato de concessão;

II - o prazo estimado para a duração da fase de pesquisa;

III - as atividades mínimas a serem desenvolvidas e os investimentos a serem alocados na fase de pesquisa;

IV - as participações governamentais;

V - o valor da renda a ser paga pela ocupação e retenção da área, por hectare ocupado;

VI - o percentual de participação da comunidade indígena afetada no resultado da lavra;

VII - a relação de documentos exigidos e os critérios a serem seguidos para aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica dos interessados, bem como para o julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;

VIII - a expressa indicação de que caberá ao concessionário o pagamento das indenizações devidas por servidões necessárias ao cumprimento do contrato;

IX - o prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e demais elementos e informações necessários à elaboração das propostas, bem como o custo de sua aquisição;

X - a classe das substâncias minerais a serem pesquisadas e lavradas; e

XI - outras condições relativas à proteção dos direitos e interesses das comunidades indígenas afetadas.

Parágrafo único. Na fixação dos prazos de duração do contrato e das fases de pesquisa e lavra, referidos nos incisos I e II deste artigo, serão observados, dentre outros aspectos: a classe da substância a ser pesquisada e lavrada, o nível de informações disponíveis sobre o ambiente geológico, as características e localização de cada área, o laudo de compatibilidade sociocultural e o termo de concordância das comunidades indígenas potencialmente afetadas.

Art. 104. No julgamento da licitação será identificada a proposta mais vantajosa sob o ponto de vista do interesse público, segundo critérios objetivos estabelecidos no edital e com fiel observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e igualdade entre os interessados.

Parágrafo único. É assegurado às comunidades indígenas o acompanhamento da licitação de que trata o caput.

Art. 105. Além de outros critérios que o edital expressamente estipular, serão levados em conta no julgamento da licitação:

I - o programa geral de trabalho, as propostas para as atividades de exploração, os prazos, os valores mínimos de investimentos e os cronogramas físico-financeiros;

II - o valor da renda pela ocupação e retenção da área e o percentual de participação a serem pagos às comunidades indígenas afetadas;

III - as participações governamentais referidas nessa Lei;

IV - a união das associações e cooperativas indígenas às empresas com experiência na atividade mineradora, de que trata o parágrafo único do art. 102 desta Lei.

§1º. O edital conferirá peso aos critérios previstos nos incisos deste artigo.

§2º. Em caso de empate a proposta vencedora será aquela que obtiver a maior pontuação no critério de maior peso em escala decrescente. Persistindo o empate a licitação será decidida por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados.

Art. 106. As participações governamentais deverão estar previstas no edital de licitação e consistem em:

I - bônus de assinatura, que corresponderá ao pagamento ofertado na proposta para obtenção da concessão devendo ser pago no ato da assinatura do contrato;

II - compensação financeira pela exploração de recursos minerais, nos termos da Lei nº. 7.990 de 28 de dezembro de 1989;

III - participação especial, devida nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade, a ser estabelecida em regulamento;

IV - pagamento à União, de taxa anual, por hectare, admitida a fixação em valores progressivos em função da substância mineral objetivada, extensão e localização da área e outras condições, respeitado o valor mínimo de R\$ 2,00 (dois reais) e máximo de R\$ 4,00 (quatro reais) atualizados anualmente, mediante ato do Poder Executivo.

Art. 107. A receita decorrente da participação governamental mencionada no inciso III do artigo anterior será alocada à conta do Fundo de Apoio aos Povos Indígenas.

Art. 108. A concessão obriga o concessionário a executar a pesquisa mineral por sua conta e risco e, em caso de êxito, a promover o aproveitamento econômico da jazida no polígono estabelecido, conferindo-lhe a propriedade do produto da lavra.

Art. 109. A concessão de que trata esta Lei subordina-se à legislação ambiental vigente, devendo o concessionário obter, junto ao órgão ambiental federal competente, as licenças necessárias a cada fase decorrente do contrato.

§1º. As licenças de que tratam o caput só serão emitidas depois da realização, pelo concessionário, do Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental (EIA-RIMA) e da apresentação ao órgão ambiental federal competente do plano de recuperação da área afetada pela mineração.

§2º. O termo de referência do estudo determinado pelo órgão ambiental competente para a avaliação de impacto ambiental receberá subsídios do órgão encarregado da política indigenista e das comunidades afetadas.

§3º. Durante o processo de licenciamento ambiental do empreendimento deverá ser realizada audiência pública com condições plenas para a participação das comunidades indígenas, nos termos desta lei.

Art. 110. Finalizado o procedimento licitatório o vencedor firmará com a União o contrato de concessão para a execução das atividades de pesquisa e lavra na terra indígena, que deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora.

Parágrafo único. O licitante vencedor não tem direito subjetivo à celebração do contrato de que trata o caput, se esse, em razão de fatos supervenientes, devidamente comprovados, vier a contrariar o interesse público.

Art. 111. Os direitos minerários decorrentes do contrato de concessão não poderão ser cedidos, transferidos ou arrendados.

Art. 112. O cumprimento do contrato de concessão será acompanhado e fiscalizado pelo órgão federal de gestão dos recursos minerais e pelo órgão indigenista federal.

Parágrafo único. No acompanhamento de que trata o caput, os órgãos responsáveis anotarão em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, formulando exigências à regularização das faltas e inadimplementos observados, bem como a aplicação das sanções previstas.

Art. 113. O concessionário poderá requerer a suspensão do contrato, em caráter excepcional, o que só poderá ocorrer após manifestações expressas do órgão federal de gestão dos recursos minerais e do órgão indigenista federal.

Art. 114. O contrato de concessão terá como cláusulas essenciais as que estabeleçam:

I - a delimitação da área objeto da concessão;

II - o prazo de vigência do contrato, a duração da fase de pesquisa e as condições para prorrogação desta fase, incluindo o aumento progressivo do valor da renda pela ocupação e retenção da área;

III - o programa de trabalho a ser desenvolvido e o valor do investimento previsto;

IV - as participações governamentais a cargo do concessionário;

V - o percentual de participação no resultado da lavra previsto no edital;

VI - as garantias a serem prestadas pelo concessionário no cumprimento do contrato, inclusive quanto à realização dos investimentos ajustados para cada fase e contra danos ambientais;

VII - as regras para a desocupação da área, retirada de equipamentos e instalações e reversão de bens e fechamento da mina;

VIII - as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução;

IX - as causas de rescisão e extinção do contrato;

X - as penalidades aplicáveis na hipótese de descumprimento pelo concessionário das obrigações contratuais;

XI - as obrigações decorrentes da atividade minerária;

XII - as formas de acompanhamento e controle da execução do contrato pelas comunidades indígenas; e

XIII - a autorização para o concessionário utilizar as áreas da terra indígena necessárias para a infra-estrutura das atividades de pesquisa e lavra, beneficiamento e transporte.

Art. 115. O contrato de concessão estabelecerá para o concessionário, dentre outras, as seguintes obrigações:

I - adotar, em todas as suas operações, as medidas necessárias para o aproveitamento da jazida com racionalidade e qualidade, para a segurança dos trabalhadores, das comunidades indígenas afetadas, dos equipamentos e para a proteção do meio ambiente;

II - comunicar ao órgão federal competente, imediatamente, a descoberta de qualquer ocorrência de substância mineral não contemplada no contrato de concessão;

III - realizar a avaliação da área concedida nos termos estabelecidos no edital apresentando ao órgão federal competente relatório circunstanciado dos trabalhos de pesquisa, juntamente com o plano de aproveitamento para a lavra, incluindo os projetos de desenvolvimento, produção, o cronograma e a estimativa de investimento;

IV - responsabilizar-se civilmente pelos atos de seus prepostos e indenizar os danos decorrentes das atividades de pesquisa e lavra;

V - ressarcir ao órgão federal competente os ônus que venha a suportar, em consequência de eventuais demandas, motivadas por atos de responsabilidade do concessionário;

VI - adotar as melhores práticas da produção mineral e do controle ambiental e obedecer às normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes;

VII - conduzir as atividades de pesquisa e lavra com observância das normas regulamentares da mineração;

VIII - fornecer, às comunidades indígenas afetadas, ao órgão federal de gestão dos recursos minerais e ao órgão indigenista federal relatórios, dados e informações relativos às atividades desenvolvidas;

IX - facilitar aos agentes públicos federais a fiscalização das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização dos recursos minerais e a auditoria do contrato;

X - promover a recuperação ambiental da área afetada pela mineração.

Art. 116. As concessões extinguir-se-ão:

I - pelo vencimento do prazo contratual;

II - por acordo entre as partes, reduzido a termo no processo da licitação;

III - pelos motivos de rescisão previstos em contrato;

IV - pelo término da fase de pesquisa, sem que tenha sido feita qualquer descoberta economicamente viável, conforme definido no contrato.

Art. 117. A extinção da concessão não implicará ônus de qualquer natureza para a União, nem gerará direito de indenização, ao concessionário, pelos serviços e bens reversíveis, os quais passarão à propriedade da União e à administração do órgão indigenista federal, na forma prevista no contrato.

Art. 118. Extinta a concessão, por qualquer das hipóteses previstas nos incisos do caput do artigo anterior, o concessionário fará, por sua conta exclusiva, a remoção dos equipamentos e bens que não sejam objeto de reversão, ficando obrigado a reparar ou indenizar os danos decorrentes de suas atividades e praticar os atos de recuperação ambiental determinados pelo órgão indigenista federal e pelo órgão ambiental federal.

Art. 119. O descumprimento do disposto nesta Lei e das obrigações estabelecidas no contrato de concessão sujeitará o concessionário às seguintes sanções, sem prejuízo da responsabilidade por danos ambientais prevista na legislação específica, e demais sanções civis e penais:

I - advertência;

II - multa;

III - interdição das atividades;

IV - rescisão do contrato.

§1º. Na aplicação das sanções referidas no caput, o órgão federal competente levará em conta a natureza e a gravidade da infração e a vantagem auferida pelo infrator.

§2º. A sanção prevista no inciso II do caput poderá ser aplicada isolada ou cumulativamente com aquelas previstas nos incisos I, III e IV.

§3º. A multa não poderá ser inferior a 1% (um por cento) nem superior a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa mineradora.

§4º. Na impossibilidade de aplicação do critério do faturamento bruto, a multa será de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), a critério do órgão federal competente.

Art. 120. São infrações administrativas:

I - o não cumprimento ou o cumprimento irregular ou parcial, não justificado, de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o descumprimento do contrato de forma que afete elementos essenciais de proteção do meio ambiente, da sustentabilidade da atividade minerária e dos direitos das comunidades indígenas;

III - o desatendimento das determinações regulares dos órgãos federais competentes, no acompanhamento e fiscalização de sua execução;

IV - o cometimento reiterado de faltas na execução do contrato e o descumprimento das penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

V - a paralisação da execução da pesquisa ou lavra, sem a autorização dos órgãos federais competentes, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

VI - o descumprimento, total ou parcial, da obrigação de pagamento de renda pela ocupação e retenção da área e da participação no resultado da lavra e dos subprodutos comercializáveis dos minérios extraídos; e

VII - a manutenção de trabalhadores em condições degradantes de trabalho ou análogas à de escravo ou a exploração do trabalho de crianças e adolescentes.

Art. 121. Se o concessionário ocultar o conhecimento da existência de substância mineral de classe não prevista no contrato, este será rescindido, devendo o concessionário responder por perdas e danos e pagar multa.

Art. 122. O processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação das penalidades previstas nesta Lei será instaurado pelo órgão federal competente, assegurado ao concessionário o contraditório e a ampla defesa, permitida a adoção de medidas cautelares.

§1º. Não será instaurado processo por infração administrativa antes da notificação do concessionário e da fixação de prazo para correção das falhas e transgressões apontadas.

§2º. Instaurado o processo administrativo e comprovada a infração, a aplicação da penalidade cabível será efetuada por ato do poder concedente.

Art. 123. São causas de rescisão direta do contrato, por ato unilateral e escrito da autoridade competente:

I - as infrações previstas nos incisos IV e VII do caput do art. 120;

II - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa mineradora, que prejudique a execução do contrato;

III - a condenação do concessionário em sentença transitada em julgado por crime contra o meio ambiente.

§1º. O contrato poderá ser rescindido, ainda, por razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pelas máximas autoridades da esfera administrativa a que está subordinado o contrato e exaradas no processo administrativo a que se refere.

§2º. A critério do poder concedente o contrato poderá ser rescindido no caso das infrações administrativas previstas nos incisos I a III e V do art. 120, a depender de sua gravidade.

Art. 124. Nas infrações praticadas por pessoa jurídica, também serão punidos com sanção de multa seus administradores ou controladores, quando tiverem agido com dolo ou culpa.

Art. 125. Fica assegurado às comunidades indígenas afetadas:

I - pagamento pela ocupação e retenção da área objeto do contrato de concessão;

II - participação nos resultados da lavra e dos sub-produtos comercializáveis dos minérios extraídos;

III - indenização pelos eventuais danos e prejuízos causados em razão da ocupação da terra para fins de servidão de pesquisa ou lavra.

Art. 126. A participação da comunidade indígena fixado no edital, não poderá ser inferior a 25% do faturamento bruto resultante da comercialização do produto mineral obtido.

Parágrafo único. Estende-se aos subprodutos comercializáveis do minério extraído, a base de cálculo sobre a qual se define a participação da comunidade indígena no resultado da lavra.

Art. 127. As receitas provenientes dos pagamentos previstos no artigo anterior serão depositadas em conta bancária específica em instituição financeira oficial, a ser gerenciada pelas comunidades indígenas afetadas.

§1º. As receitas de que trata o caput serão aplicadas integralmente nas comunidades indígenas afetadas.

§2º. O órgão indigenista federal, mediante assessoramento e fiscalização, zelará pela utilização dos recursos de acordo com a vontade manifestada pelas comunidades, segundo processo decisório do qual participará, na forma do regulamento.

Art. 128. O aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas pelo regime de extrativismo mineral, como a garimpagem, a faiscação e a cata é privativo das comunidades indígenas, independe de autorização do Congresso Nacional e será permitido pelo órgão gestor dos recursos minerais, nos termos de regulamento específico.

§1º. O título de que trata o caput terá validade de até cinco anos, podendo ser prorrogado.

§2º. O título de outorga minerário não poderá ser cedido, transferido ou arrendado, sendo vedada, ainda, a parceria e a terceirização da atividade extrativista.

§3º. As atividades tradicionais, de subsistência e sem fins comerciais exercidas pelos povos indígenas não dependem da permissão de que trata o caput deste artigo.

Art. 129. Somente poderão ser aproveitados pelo regime de extrativismo mineral indígena os minerais abaixo nominados:

I - areias, cascalhos e saibros para utilização imediata na construção civil, no preparo de agregados e argamassas, desde que não sejam submetidos a processo industrial de beneficiamento, nem se destinem como matéria-prima à indústria de transformação;

II - rochas e outras substâncias minerais, quando aparelhadas para paralelepípedos, guias, sarjetas, moirões e afins;

III - argilas usadas no fabrico de cerâmica vermelha;

IV - rochas, quando britadas para uso imediato na construção civil e os calcários empregados como corretivo de solo na agricultura;

V - ouro, diamante, cassiterita, columbita, tantalita e wolframita, nas formas aluvionar, eluvionar e coluvionar, sheelita, demais gemas, rutilo, quartzo, berilo, espodumênio, feldspato, micas e outros minerais, em tipos de ocorrência que vierem a ser indicados pelo órgão gestor dos recursos minerais; e

VI - rochas e minerais, in natura, destinados à coleção, pedras decorativas e confecção de artesanato mineral.

Art. 130. Aplicam-se ao regime de extrativismo mineral indígena, no que couber, as obrigações previstas no art. 115 desta Lei, nos termos de regulamento, à exceção do disposto nos incisos II, III, V, e VIII.

Art. 131. O descumprimento do disposto nos artigos referentes ao aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas pelo regime de extrativismo mineral e das obrigações estabelecidas no título de outorga sujeitará o autorizado, sem prejuízo da responsabilidade por danos ambientais prevista na legislação específica e demais sanções civis e penais, às seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - interdição das atividades;

IV - extinção do título de outorga.

§1º. Na aplicação das sanções referidas no caput, o órgão federal competente levará em conta a natureza e a gravidade da infração e a vantagem auferida pelo infrator.

§2º. A sanção prevista no inciso II do caput poderá ser aplicada isolada ou cumulativamente com aquelas previstas nos incisos I, III e IV.

§3º. A multa prevista no inciso II do caput deste artigo não poderá ser inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) nem superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Art. 132. Extingue-se o título de extrativismo mineral nos casos previstos no regulamento.

Parágrafo único. Ocorrendo caso fortuito ou força maior o título minerário poderá ser novamente outorgado para a área anteriormente autorizada, desde que atendidas as exigências previstas nesta Lei e no regulamento.

Art. 133. Em relação ao regime de extrativismo mineral indígena são consideradas infrações administrativas, o descumprimento:

I - de qualquer das condições previstas nesta Lei em relação ao extrativismo mineral indígena;
II - das determinações dos órgãos federais competentes no acompanhamento e fiscalização da execução do título;

III - das vedações referentes a cessão, transferência ou arrendamento, a parceria e terceirização da atividade extrativista, previstas nesta Lei.

Art. 134. O regime extrativista mineral será definido em regulamento.

Art. 135. Será instituído um Fundo de Apoio aos Povos Indígenas, vinculado ao órgão indigenista federal, com gestão colegiada e paritária entre governo e as organizações indígenas.

§1º. São recursos do fundo a que se refere este artigo:

I - as multas aplicadas em razão de atividade minerária e do poder de polícia;

II - dotações orçamentárias;

III - a receita decorrente da participação da União, a que se referem os incisos III e IV do art. 106 desta lei, bem como os relacionados ao aproveitamento de recursos hídricos;

IV - doações.

§2º. Os recursos do fundo, previsto neste artigo serão aplicados em benefício das comunidades indígenas, nos termos previstos em seu regulamento, aprovado por ato dos administradores do Fundo.

CAPÍTULO II – Dos Recursos Hídricos

Art. 136. O aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas, inclusive para fins de exploração de potenciais energéticos no interesse nacional, dependerá da autorização do Congresso Nacional e de consulta prévia e informada das comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento.

Art. 137. É vedada a realização de atividades de aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas que impliquem perda ou comprometimento de parte significativa da terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas.

Art. 138. O pedido de autorização ao Congresso Nacional para aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas terá seu procedimento administrativo iniciado pelo Poder Executivo e deverá conter, obrigatoriamente:

I - o estudo de viabilidade técnica e econômica;

II - o estudo de viabilidade ambiental, incluindo plano de bacia e, quando não houver, avaliação ambiental integrada de bacia hidrográfica;

III - os estudos para identificação, o prognóstico e a avaliação dos efetivos e potenciais impactos sobre as comunidades indígenas e seus territórios, com a indicação das medidas de monitoramento, de mitigação, de compensação ambiental e de potencialização dos aspectos positivos.

IV - documento de manifestação das comunidades indígenas.

Art. 139. Quando a terra indígena estiver situada em área indispensável à segurança do território nacional ou em faixa de fronteira, será obrigatória a manifestação do Conselho de Defesa Nacional.

Art. 140. A consulta prévia das comunidades indígenas será feita mediante procedimento a ser instaurado pelo órgão indigenista federal.

§1º. A consulta de que trata o caput será realizada após a conclusão dos estudos referidos no art. 138 desta Lei, e subsidiará a decisão do Congresso Nacional sobre a autorização para aproveitamento de recursos hídricos, inclusive para fins de exploração energética.

§2º. Deverá ser garantida à comunidade indígena o amplo acesso aos processos de autorização, pesquisa e estudos para aproveitamento dos recursos hídricos de suas terras tradicionalmente ocupadas, e a efetiva participação em todas as fases do procedimento.

§3º. Participarão da consulta de que trata o *caput* deste artigo representantes dos Ministérios do Meio Ambiente e de Minas e Energia e do Ministério Público Federal.

Art. 141. A oitiva da comunidade indígena será promovida com o objetivo de dar conhecimento aos indígenas, em linguagem a eles acessível, do empreendimento de aproveitamento de recursos hídricos em suas terras e das implicações dessas atividades na comunidade, para que manifestem sua concordância ou recusa.

§1º. A oitiva será realizada por meio de reuniões, seminários, oficinas, fóruns, discussões e audiências públicas no local a ser afetado, envolvendo principalmente as comunidades que potencialmente podem ser afetadas.

§2º. A concordância ou recusa dos indígenas será formalizada em documento a ser assinado pelos representantes da comunidade indígena e dos órgãos que tenham participado da oitiva.

Art. 142. Concluída a fase de consulta à comunidade indígena, e havendo concordância desta, o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional o pedido de autorização acompanhado dos documentos previstos no art. 138 desta Lei, que poderá, por meio de decreto legislativo, rejeitar ou aprovar a solicitação.

Parágrafo único. O decreto legislativo conterá as condições peculiares à cultura e organização social das comunidades indígenas afetadas, necessárias à realização do empreendimento.

Art. 143. Caso o Congresso Nacional conceda a autorização de que trata o art. 142 desta Lei, caberá ao Poder Executivo adotar as providências necessárias à implementação do empreendimento nos termos da legislação vigente.

Art. 144. Fica assegurada às comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento compensação financeira.

§1o. A compensação financeira objeto do *caput* deste artigo será de no mínimo 10% sobre o valor da energia elétrica produzida, enquanto durar o impacto do empreendimento, definida conforme procedimento estabelecido pela agência reguladora do setor elétrico.

§2o. O pagamento da compensação financeira efetuado pelo empreendedor nos termos desta Lei não o exime da responsabilidade por eventuais obrigações diagnosticadas na avaliação de impacto ambiental ou impostas na outorga de licenças ambientais, nos termos da aprovação do órgão ambiental federal competente.

§3o. As comunidades indígenas não abrangidas pelo *caput* deste artigo serão ouvidas sobre o cumprimento das obrigações de que trata o §2o deste artigo, conforme os impactos identificados e aprovados nos estudos de viabilidade ambiental.

§4o. As obrigações de que tratam os §§ 2o e 3o deste artigo serão cumpridas conforme aprovação do órgão ambiental federal responsável pelo licenciamento ambiental, ouvidas as comunidades indígenas e o órgão indigenista federal, na forma do regulamento.

Art. 145. As receitas provenientes da compensação financeira prevista no art. 144 serão depositadas em conta bancária das comunidades indígenas afetadas.

§1º. As receitas de que trata o *caput* serão aplicadas integralmente nas comunidades indígenas afetadas.

§2º. O órgão indigenista federal, mediante assessoramento e fiscalização, zelará pela utilização dos recursos de acordo com a vontade manifestada pelas comunidades, segundo processo decisório do qual participará, na forma do regulamento.

§3º. O órgão indigenista federal poderá administrar os recursos a que se refere o artigo 166, por expressa delegação da comunidade ou povo indígena interessado.

Art. 146. Nos casos em que a geração de energia afetar diretamente uma determinada terra indígena, a mesma será fornecida, gratuitamente e em quantidade satisfatória, às comunidades indígenas ali existentes, caso assim desejarem, com acompanhamento do órgão indigenista federal, durante toda a vida útil da usina hidrelétrica.

Art. 147. O empreendedor fica obrigado a providenciar novas terras, de área e valor ecológico equivalente às áreas atingidas pelo empreendimento, preferencialmente contíguas àquelas,

atribuindo sua posse e uso à comunidade indígena e o domínio ao efetivo titular da área impactada, bem como indenizá-la pelos impactos sofridos.

Art. 148. O enquadramento dos corpos de água nos trechos em que estes se estenderem dentro do território indígena respeitará as classes de uso definidas pela legislação ambiental que são compatíveis com o consumo humano, de modo a garantir as condições de bem estar das comunidades indígenas que ocupam este território.

Art. 149. A outorga de uso dos recursos hídricos de corpos d'água que banham as terras indígenas e estejam na faixa de segurança etnoambiental destas terras deverá assegurar a qualidade e quantidade de água necessárias para o consumo humano e manutenção dos usos, costumes e tradições indígenas.

Art. 150. A outorga de recursos hídricos na faixa de segurança etnoambiental de terras indígenas em bacias hidrográficas onde inexistam planos de bacias aprovados por comitês de bacia hidrográfica fica condicionada à consulta prévia das comunidades, mediante procedimento previsto no artigo Título V.

Art. 151. Dos valores arrecadados pela cobrança do uso dos recursos hídricos em bacias onde existam terras indígenas deverá ser destinado o mínimo de 5% do total arrecadado, que será revertido para as comunidades indígenas que habitem nestas terras.

TÍTULO VI - Das Políticas Sociais

CAPÍTULO I - Da Assistência Social

Art. 152. O acesso dos povos e comunidades indígenas à Política Nacional de Assistência Social será assegurado, respeitando as suas especificidades sócio-culturais, nos termos de regulamento próprio.

Art. 153. Fica garantida a criação de programas e ações específicos para atender exclusivamente os povos indígenas.

Art. 154. Nos processos de seleção de profissionais para atuar nos programas que atendam aos povos indígenas deve ser exigida experiência no trato com as questões étnicas e com as diversidades culturais.

Art. 155. Os programas de transferência de renda e outras políticas universalizantes deverão ser adaptados às características culturais de cada povo indígena.

Parágrafo Único: A inclusão dos indígenas no Cadastro Único de benefícios sociais do Governo Federal, será executado pelo órgão indigenista federal, que manterá base de dados visando a facilitar o cadastramento.

Art. 156. Nos Estados e Municípios onde existem populações indígenas em suas áreas de abrangência, fica assegurado aos povos indígenas e suas organizações, a participação na construção dos planos e programas sociais.

Art. 157. Nos Estados e Municípios onde existem populações indígenas em suas áreas de abrangência, fica assegurado aos povos indígenas e suas organizações a participação nos Conselhos de Assistência Social.

Art. 158. Fica garantida a participação de duas (2) representação das organizações indígenas no Conselho Nacional de Assistência Social, sendo 02 titulares e 2 suplentes.

Art. 159. Fica garantido nas instâncias Federal, Estadual e Municipal a criação de programas de incentivo para a capacitação e formação dos indígenas na área da assistência social.

§1º. Aos povos indígenas é garantido a consulta prévia, livre e informada, bem como a sua participação na formulação dos programas, serviços e benefícios de assistência social.

§2º. Fica garantido que as instâncias Federal, estadual e municipal realizem ampla divulgação da Política e programas de Assistência Social junto aos povos e comunidades indígenas.

CAPÍTULO II – Da Previdência Social

Art. 160. Fica garantido aos povos indígenas o acesso aos benefícios da Previdência Social, assegurado as suas especificidades socioculturais.

Art. 161. É assegurado o atendimento nas comunidades indígenas para fins de requerimento de benefícios.

Art. 162. Para o atendimento aos povos indígenas que não dominam a língua portuguesa fica garantida a presença de intérpretes indicados pelos próprios indígenas.

CAPÍTULO III - Da proteção da criança e do adolescente indígenas

Seção I - Disposições Preliminares

Art. 163. A aplicação da legislação pertinente à infância e adolescência, nas questões específicas das crianças e adolescentes indígenas, serão prioritariamente feitas pelas comunidades indígenas, segundo seus usos, costumes, tradições e organização social.

§1º. Devem ser respeitadas as concepções dos diversos povos e comunidades indígenas acerca das faixas etárias que compreendem o período legalmente estabelecido como infância e adolescência.

§2º. Os direitos das crianças e adolescentes indígenas serão informados e disseminados junto às comunidades nas quais eles vivem.

§3º. Quando não for possível a resolução na comunidade indígena, as medidas de proteção e as medidas socioeducativas serão compatibilizadas com os usos, costumes, tradições e organização social da comunidade indígena.

Art. 164. O poder familiar e as questões a ele relacionadas serão compreendidos em consonância com o conceito de família de cada comunidade, incluindo, quando aplicável, o conceito de família extensa.

Art. 165. Em caso de ameaça à vida ou à integridade física de criança ou adolescente indígena, órgão indigenista federal, por intermédio de equipe multidisciplinar e em diálogo com a respectiva comunidade indígena, promoverá o encaminhamento adequado à sua proteção integral, preservando-se, sempre que possível, o direito à convivência com a sua comunidade.

Art. 166. Será respeitada a participação de crianças e adolescentes indígenas em atividades quotidianas de trabalho que correspondam a processos indígenas de ensino e aprendizagem necessários ao seu pleno desenvolvimento cultural.

Parágrafo Único. O adolescente indígena tem direito à formação técnica para o trabalho direcionado à gestão territorial, autonomia econômica e fortalecimento da identidade cultural.

Art. 167. Os programas de transferência de renda e outras políticas universalizantes estendidas às crianças indígenas deverão ser acompanhados pelo órgão federal indigenista visando a sua adaptação às realidades culturais de cada povo, respeitando seu ciclo tradicional de atividades e seus processos próprios de educação, de socialização e de transmissão de conhecimentos.

Seção II - Dos Conselhos Tutelares

Art. 168. Na composição dos Conselhos Municipais e Estaduais dos Direitos da Criança e do Adolescente e nos Conselhos Tutelares dos municípios onde existem comunidades indígenas, deverá ter a participação efetiva de representantes indígenas, na qualidade de conselheiros.

Art. 169. A participação de representantes indígena, na qualidade de conselheiros, é assegurada na composição dos Conselhos Municipais e Estaduais dos Direitos da Criança e do Adolescente e nos Conselhos Tutelares dos municípios onde existam comunidades indígenas.

Art. 170. Os Conselheiros de direitos e conselheiros titulares no atendimento da criança devem observar seus usos, costumes, tradição e organização social de cada povo.

Parágrafo Único. Deverá ser criado programa de capacitação continuada de conselheiros de direitos e de conselheiros tutelares, com o objetivo de assegurar o conhecimento da realidade sociocultural indígena e da legislação específica.

Art. 171. Os Conselhos Municipais e Estaduais dos Direitos da Criança e dos Adolescentes e os Conselhos Tutelares, em conjunto com o órgão indigenista federal, as comunidades e

organizações indígenas, deverão implementar programa contínuo de informação e disseminação dos direitos das crianças e adolescentes.

Seção III - Da Adoção

Art. 172. Na adoção e na guarda de crianças e adolescentes indígenas serão consideradas as relações de parentesco.

Parágrafo Único. Quando não for possível observar o disposto no caput, terão prioridade outras famílias indígenas.

Art. 173. Serão respeitados os usos e costumes indígenas no que se refere à entrega espontânea de criança ou adolescente entre membros de comunidades indígenas.

§1º. A entrega espontânea de criança ou adolescente indígena à guarda de família não indígena depende de prévia autorização judicial, ouvidos o órgão indigenista federal e o Ministério Público Federal.

§2º. Se autorizada judicialmente a entrega de criança ou adolescente indígena à guarda de família não indígena, o órgão indigenista federal constituirá equipe multidisciplinar para instruir a família não indígena e a família indígena acerca do significado e das conseqüências legais do ato, bem como acerca da cultura do povo indígena do qual a criança ou o adolescente provém.

Art. 174. Deverá haver recursos específicos para os programas governamentais de atenção e assistência às crianças e adolescentes indígenas.

Seção IV - Outras disposições

Art. 175. Na aplicação desta Lei, reafirma-se o respeito às práticas tradicionais indígenas, desde que em conformidade com o sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais.

Parágrafo Único. Caso detecte práticas atentatórias aos direitos e às garantias fundamentais das crianças e adolescentes, o órgão federal indigenista deverá levar ao conhecimento da comunidade em questão o ordenamento nacional e promover, pelo diálogo, soluções satisfatórias e, se possível, conciliatórias, que garantam a proteção integral da criança e do adolescente indígenas.

Art. 176. As normas desta Lei que não contrariem o disposto neste capítulo são aplicáveis às crianças e adolescentes indígenas.

CAPÍTULO IV - Da Atenção à Saúde

Art. 177. As ações e serviços de saúde voltados para os povos e comunidades indígenas serão desenvolvidos de acordo com os princípios previstos no artigo 198 da Constituição Federal e na Lei 8080/90 e pelo princípio do reconhecimento do direito à construção de serviços de saúde diferenciados que reconheçam a diversidade étnico-cultural e regional indígena.

Art. 178. As ações e serviços de saúde voltados para as populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, se darão por meio de um Subsistema de Saúde Indígena, componente do Sistema Único de Saúde, organizado por meio de Distritos Sanitários Especiais Indígenas com autonomia gestora, administrativa e financeira, aplicando-se o que determina a Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990, modificada pela Lei nº. 9.836/1999 e a Lei nº. 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

§1º. O Ministério da Saúde estabelecerá uma Política de Recursos Humanos para o Trabalho no Contexto Intercultural para o Subsistema de Saúde Indígena, contemplando os Agentes Indígenas de Saúde e os Agentes Indígenas de Saneamento.

§2º. Aos indígenas residentes fora de terras indígenas é garantida a atenção diferenciada à saúde, respeitando suas especificidades étnico-culturais, devendo o Ministério da Saúde regulamentar mecanismos específicos e o Sistema Único de Saúde organizar-se para atendê-los adequadamente, em regime de colaboração com os estados e municípios.

CAPÍTULO V - Da Educação Escolar Indígena

Art. 179. A educação escolar indígena será implementada por um sistema nacional de educação escolar indígena, nos termos desta lei.

Art. 180. A educação escolar indígena terá como princípios:

I - o respeito à diversidade étnica e cultural dos povos indígenas;

II - a interculturalidade;

III - o multilinguismo;

IV - a organização administrativa em áreas delimitadas como territórios etno-educacionais; V - a participação e o controle social das suas atividades pelos povos indígenas;

VI - a garantia aos indígenas de acesso a todas as formas de conhecimento, de modo a assegurar-lhes

a defesa de seus interesses e a participação na vida nacional em igualdade de condições, enquanto povos etnicamente diferenciados;

VII - o respeito aos processos educativos e de transmissão do conhecimento das comunidades indígenas.

Art. 181. O Sistema Nacional de Educação Escolar Indígena compõe o Sistema Federal de Ensino da União, respeitando-se as suas especificidades, e será mantido com recursos ordinários e específicos para a educação previstos no orçamento geral da União.

Art. 182. O Sistema Nacional de Educação Escolar Indígena buscará o regime de colaboração entre União, Estados e Municípios na oferta e no custeio da educação escolar indígena, prioritariamente na educação básica, de acordo com termos específicos de pactuação com a União e as comunidades indígenas interessadas.

Art. 183. A educação escolar indígena será oferecida em todos os níveis e modalidades.

§1º. O ensino infantil deverá ser oferecido de acordo com a necessidade e interesse de cada comunidade.

§2º. O ensino fundamental pode ser organizado em ciclos de aprendizagem, atendendo à diversidade sociocultural e a organização social de cada povo.

§3º. O ensino médio pode ser organizado de acordo com os ciclos de aprendizagem, atendendo

as etapas de formação dos jovens e o contexto sociolinguístico, econômico e cultural de cada povo.

§4º. O Ensino médio integrado e o ensino técnico profissional deverão ser voltados para a profissionalização que atenda às necessidades e interesses dos povos indígenas, visando à formação de técnicos nas diferentes áreas, de acordo com os projetos de sustentabilidade de cada povo.

§5º. No ensino superior deverá ser criada uma política de formação diferenciada, com orçamento específico e garantindo o acesso dos indígenas às universidades públicas. As universidades públicas deverão dispor de recursos orçamentários para elaboração de programas, projetos e ações.

Art. 184. A formação de professores deverá contar com uma política específica, incluindo os cursos de pós-graduação, atendendo à necessidade de formação intercultural.

Art. 185. Que sejam criadas universidades indígenas interculturais.

Art. 186. Os saberes dos povos indígenas devem merecer tratamento específico e diferenciado por parte das instituições de ensino superior, nas atividades de ensino, pesquisa e extensão, garantida a participação das comunidades em sua sistematização, na formação de pessoal qualificado em nível superior, inclusive na pós-graduação e na difusão desses conhecimentos, reconhecida e garantida a propriedade intelectual desses conhecimentos, de acordo com o disposto nesta lei.

Art. 187. O Sistema Nacional de Educação Escolar Indígena será coordenado por um Conselho Nacional de Educação Escolar Indígena.

Art. 188. Compete ao Conselho Nacional de Educação Escolar Indígena:

I - propor diretrizes para a política nacional de educação escolar indígena, observando à territorialidade dos povos;

II - criar mecanismos de apoio e incentivar a investigação, o registro e a sistematização dos conhecimentos e processos cognitivos de transmissão e assimilação do saber das comunidades indígenas;

III - criar unidades administrativo-educacionais, tendo como base a territorialidade e as relações intersocietárias dos povos indígenas;

IV - elaborar políticas e planos de ação, com a finalidade de apoiar e assessorar as escolas indígenas;

V - assegurar o exercício do controle social na educação escolar indígena, pelas comunidades indígenas locais, pelas organizações não governamentais;

Parágrafo Único. Para o desenvolvimento de suas atividades, o Conselho Nacional de Educação Escolar Indígena deverá observar os estudos e as pesquisas antropológicas e lingüísticas que contribuam para a melhoria da prática educativa dirigida às comunidades indígenas.

Art. 189. O Conselho Nacional de Educação Escolar Indígena será composto por:

I - um representante do Ministério da Educação;

II - um representante das universidades públicas brasileiras;

III - um representante do Conselho de Secretários Estaduais de Educação - CONSED;

IV - um representante do Conselho Nacional de Educação;

V - um representante da Funai;

VI - um representante da Associação Brasileira de Antropologia;

VII - um representante da Associação Brasileira de Lingüística;

VIII - um representante de organização da sociedade civil de apoio ao indígena;

IX - um representante da Associação Nacional de Pós-graduação e pesquisa em educação – ANPED;

X - nove representantes de organizações de professores indígenas, um por região.

§1º. Os representantes das organizações da sociedade civil de apoio aos indígenas terão mandato de 03 (três) anos, permitida uma recondução, e serão indicados através de eleição entre tais organizações, segundo normas previstas no Regimento Interno do Conselho Nacional de Educação Escolar Indígena.

§2º. O Conselho Nacional de Educação Escolar Indígena será prioritariamente presidido, alternadamente, por um representante indígena indicado entre seus componentes e um representante não-indígena, escolhido entre os representantes governamentais e da sociedade civil.

Art. 190. Os programas de educação escolar indígena terão os seguintes objetivos específicos:

I - assegurar às comunidades indígenas a utilização de suas línguas e processos próprios de aprendizagem;

II - valorizar a organização social das comunidades indígenas, seus costumes, línguas, crenças e tradições;

III - fortalecer as práticas socioculturais e desenvolver metodologias específicas do processo de ensino-aprendizagem da educação escolar indígena, especialmente na aprendizagem de primeiras e segundas línguas;

IV - manter programas de formação de recursos humanos especializados, possibilitando a condução pedagógica da educação escolar pelas próprias comunidades indígenas, preferencialmente através da formação de professores indígenas;

V - desenvolver currículos, programas e processos de avaliação de aprendizagem e materiais pedagógicos e calendários escolares diferenciados e adequados às diversas comunidades indígenas;

VI - publicar sistematicamente material didático em língua indígena e material bilíngüe, destinados à educação em cada comunidade indígena, visando à integração dos conteúdos curriculares;

VII - incluir os conteúdos científicos e culturais correspondentes a cada comunidade, buscando a valorização e fortalecimento do conhecimento tradicional das comunidades indígenas.

Art. 191. O cargo de professor indígena, destinado ao sistema de educação escolar indígena, será provido por concurso público específico.

Art. 192. O art. 9º da Lei nº 9.394, de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso X: “Art. 9º - A União incumbir-se-á de:

.....

X – assegurar e oferecer educação básica e superior para os membros dos povos e comunidades indígenas”.

Art. 193. O art. 16 da Lei nº. 9.394, de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV: “Art. 16 - O sistema federal de ensino compreende:

.....

IV – o sistema nacional de educação escolar indígena e os estabelecimentos de educação escolar indígena mantidos pela União”.

Artigo 194. Cabe ao MEC convocar a realização de Conferência Nacional de Educação escolar indígena a cada quatro anos.

Parágrafo Único. As Conferências Nacionais de Educação Escolar Indígena auxiliarão na definição das diretrizes para o desenvolvimento das políticas, programas e ações da educação escolar indígena.

TÍTULO VII – Das Culturas

Art. 195. As ações, projetos, programas e políticas para as culturas indígenas terão por princípios:

I - A importância da cultura para a coesão social em geral;

II - Os povos indígenas são iguais em direitos a todos os demais povos e, se reconhece, ao mesmo tempo, o direito de todos os povos a ser diferentes, a considerar-se a si mesmos diferentes e a ser respeitados como tais;

III - Os povos indígenas têm o direito à prática e à reprodução de suas culturas tradicionais IV - A preservação das culturas indígenas é um elemento estratégico das políticas de desenvolvimento nacionais.

Art. 196. São objetivos das políticas culturais para os povos indígenas:

I - Garantir a todos os povos indígenas o pleno exercício dos seus direitos culturais e perseverar para que, neste ato, estejam livres de toda forma de discriminação;

II – Valorizar e fortalecer as identidades e as expressões culturais dos povos indígenas;

III - Dar visibilidade às expressões culturais dos povos indígenas e contribuir para o reconhecimento de sua importância para a cultura brasileira;

IV - Proteger os bens do patrimônio cultural material e imaterial que os indígenas, comunidades e povos reconhecem como parte integrante de sua cultura, que se transmite de geração em geração, e que são constantemente recriados em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade, por meio de inventários, registros e salvaguarda, nos quais se incluem:

a) os modos de vida;

b) as representações simbólicas;

c) as obras, objetos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, os sítios de valor histórico, paisagístico, arqueológico, paleontológico e ecológico;

d) as línguas, tradições e expressões orais;

- e) rituais e atos festivos, religiosos ou não;
- f) as criações científicas e tecnológicas;
- g) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo;
- h) técnicas artesanais tradicionais;
- i) os esportes e jogos tradicionais;
- j) outras formas de expressão.

V - Valorizar as formas próprias de transmissão e revitalização das expressões culturais indígenas.

VI - Afirmar a importância das expressões culturais indígenas como fonte de diversidade cultural brasileira e referência para o desenvolvimento sustentável, considerando a profunda interdependência que existe entre o patrimônio cultural e o natural;

VII - Reconhecer que os processos de transformação social, se não respeitarem a dinâmica própria das comunidades e povos indígenas, podem gerar fenômenos da intolerância, graves riscos de deterioração, desaparecimento e destruição do patrimônio cultural indígena;

VIII - Reconhecer que a situação dos povos indígenas varia de região para região, e que o significado das particularidades regionais e a diversidade dos antecedentes históricos e culturais devem ser levados em consideração;

IX - Fortalecer a diversidade cultural indígena mediante a livre circulação, o intercâmbio e as trocas das culturas dos povos indígenas em âmbito regional, nacional e internacional;

X - Promover, periodicamente, campanhas de valorização das culturas dos povos indígenas nos meios de comunicação de massa;

XI - Garantir o acesso dos povos indígenas aos bens e serviços culturais disponíveis a todos os cidadãos brasileiros;

XII - Valorizar os museus etnográficos, os centros culturais e os espaços de memória indígena como instrumentos estratégicos para a preservação da diversidade cultural brasileira;

XIII - Divulgar episódios históricos de resistência dos povos indígenas frente a processos genocidas e predadores de sua cultura;

XIV - Criar mecanismos de pesquisa e documentação pelos povos indígenas sobre suas expressões culturais;

XV - Incentivar a realização de eventos voltados para as tradições de cada povo indígena;

XVI - Desenvolver medidas para a proteção, a preservação e a difusão dos acervos documentais referentes aos indígenas e à política indigenista brasileira;

XVII - Garantir acesso, pelos povos indígenas, aos conhecimentos e acervos produzidos sobre suas culturas;

XVIII - Apoiar a publicação de material gráfico e digital que sejam de interesse dos povos indígenas;

XIX - Formar pesquisadores indígenas para registro de suas tradições e manifestações culturais.

Art. 197. Cabe à União, Estados e Municípios respeitar, proteger e promover as culturas dos povos indígenas por meio de políticas públicas específicas, formuladas e implementadas sempre com a anuência e a participação dos povos indígenas;

Parágrafo Único. Cabe à União, Estados e Municípios garantir recursos orçamentários específicos para viabilizar a implementação de políticas culturais destinadas aos povos indígenas;

Art. 198. Os indígenas e seus povos têm o direito a não sofrer assimilação forçosa ou a destruição de sua cultura por parte da sociedade envolvente e a União estabelecerá mecanismos efetivos para a prevenção e o ressarcimento de toda forma de assimilação e de propaganda que tenha como finalidade promover ou incitar a discriminação étnica.

Art. 199. A União criará um fundo próprio e editais específicos para o financiamento de projetos e iniciativas voltados à valorização das expressões culturais indígenas.

Art. 200. A União proporcionará aos povos e comunidades indígenas a reparação dos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem seu consentimento livre e informação prévia, ou na violação de suas leis, tradições e costumes.

Art. 201. A União garantirá aos povos indígenas o direito de revitalizar, utilizar, fomentar e transmitir às gerações futuras suas histórias, idiomas, tradições orais, filosóficas, sistemas de escrita e literatura, e de atribuir nomes às suas comunidades, lugares e pessoas, e mantê-los.

Art. 202. Os povos indígenas poderão estabelecer seus próprios meios de informação em suas próprias línguas e a acessar a todos os demais meios de informação não indígenas sem discriminação alguma.

Parágrafo Único. O Estado adotará medidas eficazes para assegurar que os meios de informação estatais reflitam devidamente a diversidade cultural indígena e, sem prejuízo da obrigação de assegurar plenamente a liberdade de expressão, deverá incentivar os meios de comunicação privados a refletir devidamente a diversidade cultural indígena e promover campanhas de valorização das expressões culturais indígenas.

Art. 203. O Estado deverá adotar medidas para proteger a diversidade das expressões culturais indígenas, especialmente nas situações em que possam estar ameaçadas de extinção ou de grave deterioração.

Art. 204. Cabe ao órgão indigenista federal a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Parágrafo único. A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais indígenas.

Art. 205. A União adotará medidas de ordem jurídica, técnica, administrativa e financeira adequadas para assegurar o reconhecimento, o respeito e a valorização das culturas indígenas, em particular mediante:

I - a criação ou o fortalecimento de instituições de formação em gestão do patrimônio cultural indígena, bem como a transmissão desse patrimônio nos foros e lugares destinados à sua manifestação e expressão;

II - o acesso ao patrimônio cultural indígena, respeitando ao mesmo tempo os costumes que regem o acesso a determinados aspectos do referido patrimônio;

III - a criação de instituições de documentação sobre o patrimônio cultural indígena e facilitar o acesso a elas.

IV - programas educativos e de capacitação específicos no interior das comunidades e dos povos envolvidos;

V - atividades de fortalecimento de capacidades em matéria de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, e especialmente de gestão e de pesquisa científica; e

VI - meios não-formais de transmissão de conhecimento.

Art. 207. A União realizará atividades de formação continuada para os povos indígenas em relação ao acesso às informações e procedimentos para elaboração e gestão de projetos culturais.

TÍTULO VIII - Das Normas penais e processuais

CAPÍTULO I - Dos princípios

Art. 208. Serão respeitadas as resoluções de conflitos das comunidades indígenas realizadas entre seus membros e de acordo com seus usos, costumes e tradições, inclusive se resultarem em sanções ou absolvições.

Art. 209. Aos juízes federais compete julgar a disputa sobre direitos indígenas, assim considerada, na esfera criminal, as ações em que o indígena figure como autor ou réu.

Art. Durante o procedimento criminal instaurado para apurar condutas praticadas pelo indígena, o juiz deverá considerar suas peculiaridades culturais e o respeito a seus usos e costumes.

§1º. As peculiaridades culturais do réu e a observância de seus usos e costumes deverão ser aferidas mediante a realização de perícia antropológica.

§2º. É direito do indígena ter a presença de representante do órgão indigenista federal, quando preso em flagrante, para a lavratura do auto respectivo, e nos demais casos, a sua comunicação expressa.

§3º. Recebida a denúncia, o juiz deverá determinar a realização da perícia antropológica.

Art. 210. Durante a realização de audiência, é direito do indígena ser assistido por intérprete quando não falar ou compreender plenamente a língua nacional oficial.

Parágrafo único. O intérprete poderá ser indicado pelas partes ou nomeado pela autoridade judicial.

Art. 211. A ação penal, nos crimes praticados por indígenas contra indígenas, será pública condicionada a representação do ofendido.

Art. 213. O juiz poderá substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar quando o agente foi indígena.

Art. 214. O juiz, ao fixar a pena por infração cometida por indígena, além de observar o disposto no art. 68 do Decreto-lei, 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, deverá considerar a sanção aplicável pela comunidade indígena, podendo, inclusive, deixar de aplicar pena quando considerar que aquela foi suficiente para a reprovação do delito.

Art. 215. Condenado o indígena por infração penal o juiz considerará, na aplicação da pena, as peculiaridades culturais do réu e as circunstâncias do cometimento do crime.

§1º. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas sempre que possível, em regime aberto, na terra indígena ou no local de funcionamento da unidade administrativa do órgão indigenista federal mais próxima do domicílio do condenado.

§2º. Se o juiz fixar o regime inicial fechado, o indígena deverá cumprir a pena em estabelecimento distinto dos não-indígenas, em respeito aos seus usos e costumes.

§3º. O juiz deverá adequar a pena restritiva de direito aplicada ao indígena à sua realidade e à cultura de sua comunidade indígena.

Art. 216. É isento de pena o indígena que pratica o fato em função dos valores culturais de seu povo.

Art. 217. A Procuradoria Geral Federal prestará a assistência jurídica criminal ao indígena ou comunidades.

Art. 218. A Procuradoria Geral Federal criará câmara de coordenação e especialização da matéria indígena, de modo a formar e manter em seus quadros Procuradores Federais especialistas no assunto.

Parágrafo Único: A câmara de coordenação de que trata o caput poderá convidar advogados indígenas ou especialistas para acompanhar os seus trabalhos.

Art. 219. Aplicam-se os prazos em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, nas ações cíveis, e em dobro, para todos os atos, nas ações penais, quando envolverem interesses indígenas, individual ou coletivo, sejam os indígenas defendidos por advogado público ou constituído.

Parágrafo Único. Será pessoal a intimação nas ações a que se refere o caput.

CAPÍTULO III – Dos crimes contra os indígenas

Art. 220. Matar membros de um mesmo grupo indígena, provocando o extermínio total ou parcial ou pondo em risco a existência do grupo:

Pena - reclusão, de vinte a trinta anos.

Parágrafo Único. Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de três a doze anos.

Art. 221. Ofender a integridade corporal ou a saúde de membros de um mesmo grupo indígena, provocando o extermínio total ou parcial ou pondo em risco a existência do grupo:

Pena - reclusão, de três a doze anos.

§1º. Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de dois a oito anos.

§2º. Nas mesmas penas incorre aquele que:

I - submete ilicitamente o grupo a localização forçada ou a condições de existência capazes de ocasionar o seu extermínio local ou parcial;

II - adota medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;

III - efetua a transferência ilícita de membros do grupo para qualquer outro.

Art. 222. Proceder à remoção forçada de comunidade indígena de suas terras, ou à assimilação forçada de usos, costumes e tradições de outra sociedade distinta: Pena - reclusão de dez a vinte anos.

Art. 223. Utilizar o indígena ou comunidade indígena, sem o seu consentimento expresso, com o objetivo de propaganda turística ou de exibição para fins promocionais ou lucrativos:

Pena - detenção de um a três meses e multa, igual a pelo menos o dobro da vantagem econômica auferida pelo agente ou a no mínimo 25 (vinte e cinco) dias-multa.

§1º. Se o consentimento é extraído por meio ardiloso ou fraudulento, a pena será agravada de dois terços.

§2º. Se da utilização resultar dano moral.

Pena - detenção de três a seis meses e multa, acrescida de um terço.

Art. 224. Fazer uso, comercial ou industrial, de recursos genéticos ou biológicos existentes nas terras indígenas para o desenvolvimento de processos ou produtos biotecnológicos, sem o prévio consentimento, por escrito, da comunidade ou sociedade indígena que tenha a sua posse permanente:

Pena - multa igual a pelo menos o dobro da vantagem econômica auferida pelo agente ou a no mínimo 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Art. 225. Apropriar-se ou fazer uso, comercial ou industrial, direta ou indiretamente, de conhecimentos tradicionais indígenas, patenteáveis ou não, sem o prévio consentimento, por escrito, da comunidade ou sociedade indígena que tenha a sua posse permanente: Pena - multa igual a pelo menos o dobro da vantagem econômica auferida pelo agente ou a no mínimo 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Art. 226. Proporcionar, mediante fraude ou ardil, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas entre membros da comunidade indígena: Pena - detenção de seis meses a dois anos, e multa de no mínimo 25 (vinte e cinco) dias multa.

Art. 227. Escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradições culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática:

Pena - detenção de dois a seis meses e multa de no mínimo 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Art. 228. Ingressar em terras indígenas cujos limites tenham sido declarados, sem a devida autorização:

Pena - detenção, de seis meses a um ano e multa, correspondente a 25 (vinte e cinco) dias multa.

Art. 229. As penas estatuídas neste Capítulo serão agravadas de um terço, quando o crime for praticado por servidor do órgão indigenista federal.

Art. 230. A prática de ato de discriminação ou preconceito contra indígenas constitui crime de racismo, inafiançável e imprescritível, sujeito às penas previstas na Lei nº. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, com as alterações introduzidas pela Lei nº. 8.081, de 21 de setembro de 1990.

Art. 231. O não cumprimento do art. 48 desta Lei constitui crime, sujeitando-se o infrator às penas do art. 320 do Código Penal.

Art. 232. Na estipulação das multas o juiz considerará a capacidade econômica.

ANEXO C

Pet 3388 / RR - RORAIMA

PETIÇÃO

Relator(a): Min. CARLOS BRITTO

Julgamento: 19/03/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009

EMENT VOL-02375-01 PP-00071

Parte(s)

REQTE.(S): AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO

ADV.(A/S): CLÁUDIO VINÍCIUS NUNES QUADROS

ASSIST.(S): FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI

ADV.(A/S): ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS E OUTROS

REQDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa

EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na “Terra Indígena São Marcos”, matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido. 2. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR. 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a

ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público. 3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nos 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é “ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade” (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente. 4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO “ÍNDIOS” NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo “índios” é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. 5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As “terras indígenas” versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. 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 amesquinde 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 sócio-cultural, e não

de natureza político-territorial. **6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA.** A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. 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).

7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS “POVO”, “PAÍS”, “TERRITÓRIO”, “PÁTRIA” OU “NAÇÃO” INDÍGENA. Somente o “território” enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo “terras” é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em “terras indígenas”. A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade

étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. 10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de “desenvolvimento nacional” tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. 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 aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que 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. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” e ainda aquelas que se revelarem “necessárias à reprodução física e cultural” de cada qual das comunidades étnico-indígenas, “segundo seus usos, costumes e tradições” (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras

indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. 12. DIREITOS “ORIGINÁRIOS”. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF).

13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em “bolsões”, “ilhas”, “blocos” ou “clusters”, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas.

15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.

16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma divisão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e

Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente má de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. 18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.

Decisão

Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem, proposta pelo Relator, no sentido de admitir o ingresso na lide do Estado de Roraima e de Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima, e do espólio de Joaquim Ribeiro Peres, na condição de assistentes do autor popular, e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, da Comunidade Indígena Socó e da Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai, na posição de assistentes da União, todos eles recebendo o processo no estado em que se encontra. Em seguida, após o voto do Relator, julgando improcedente a ação popular, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo assistente Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, o Dr. Antônio Glaucius de Moraes; pelo Estado de Roraima, o Dr. Francisco Rezek; pelos assistentes Lawrence Manly Harte e outros, o Dr. Luiz Valdemar Albrecht; pela União e pela assistente Fundação Nacional do Índio - FUNAI, o Ministro José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União; pela assistente Comunidade Indígena Socó, o Dr. Paulo Machado Guimarães; pelas assistentes Comunidade Indígena Barro e outras, a Dra. Joenia Batista de Carvalho, e pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 27.08.2008.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Menezes Direito, que julgava parcialmente procedente a ação para que sejam observadas determinadas condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras, nos termos de seu voto, o Tribunal, contra o voto do Senhor Ministro Celso de Mello, deliberou prosseguir no julgamento do processo, tendo em conta o pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Marco Aurélio. Em continuação ao julgamento, após o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia e dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e da Senhora Ministra Ellen Gracie, que julgavam parcialmente procedente a ação popular para que sejam observadas as mesmas condições constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, com ressalvas da Ministra Cármen Lúcia, quanto aos itens X, XVII e XVIII, e o

voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente, o Senhor Ministro Carlos Britto (Relator) reajustou o seu voto para também adotar as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, com ressalvas em relação ao item IX, para excluir a expressão “em caráter apenas opinativo” e inserir a palavra “usos” antes da expressão “tradições e costumes dos indígenas”, e propôs a cassação da medida cautelar concedida na AC nº 2.009-3/RR, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski. Em seguida, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausente, ocasionalmente, na segunda parte da sessão, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 10.12.2008.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Marco Aurélio que, preliminarmente, suscitava a nulidade do processo, tendo em conta a ausência de: 1) - citação das autoridades que editaram a Portaria nº 534/05 e o Decreto de homologação; 2) - citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia; 3) - intimação do Ministério Público para acompanhar, desde o início, o processo; 4) - citação de todas as etnias indígenas interessadas; 5) - produção de prova pericial e testemunhal e 6) - citação dos detentores de títulos de propriedade consideradas frações da área envolvida, em especial dos autores de ações em curso no Supremo, e que, quanto ao mérito, julgava procedente o pedido, fixando como parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória: a) - audição de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada; b) - audição de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras envolvidas; c) - levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado; d) - em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação deverá se fazer sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira, ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada, com participação do Estado de Roraima bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório, e e) - audição do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira; e, após o voto do Senhor Ministro Celso de Mello que julgava parcialmente procedente a ação, o julgamento foi suspenso para continuação na sessão seguinte. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 18.03.2009.

Decisão: Suscitada questão de ordem pelo patrono da Comunidade Indígena Socó, no sentido de fazer nova sustentação oral, tendo em vista fatos novos surgidos no julgamento, o Tribunal, por maioria, indeferiu o pedido, vencido o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente a ação, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de nulidade do processo e, no mérito, declarava a ação popular inteiramente procedente, julgou-a o Tribunal parcialmente procedente, nos termos do voto do Relator, reajustado segundo as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinando que sejam observadas as seguintes **condições**: (i) o **usufruto** das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser **relativizado** sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, **relevante interesse público** da **União**, na forma de lei complementar; (ii) o **usufruto** dos índios **não** abrange o aproveitamento de **recursos hídricos** e potenciais **energéticos**, que dependerá sempre de **autorização** do **Congresso Nacional**; (iii) o **usufruto** dos índios **não** abrange a pesquisa e **lavra** das **riquezas minerais**, que dependerá sempre de autorização do

Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; **(iv)** o **usufruto** dos índios **não** abrange a **garimpagem** nem a **faiscação**, devendo, se for o caso, ser obtida a **permissão** de **lavra garimpeira**; **(v)** o **usufruto** dos índios **não** se **sobrepõe** ao interesse da política de **defesa nacional**; a **instalação** de **bases**, unidades e **postos militares** e demais intervenções militares, a **expansão estratégica** da **malha viária**, a **exploração** de alternativas **energéticas** de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados **independentemente** de **consulta** às **comunidades indígenas** envolvidas ou à **FUNAI**; **(vi)** a atuação das **Forças Armadas** e da **Polícia Federal** na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará **independentemente** de consulta às **comunidades indígenas** envolvidas ou à **FUNAI**; **(vii)** o **usufruto** dos índios **não** impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, **redes de comunicação**, **estradas** e **vias** de **transporte**, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; **(viii)** o **usufruto** dos índios na área afetada por **unidades de conservação** fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; **(ix)** o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; **(x)** 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 de Conservação da Biodiversidade; **(xi)** devem ser admitidos o **ingresso**, o **trânsito** e a **permanência** de **não-índios** no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela **FUNAI**; **(xii)** o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; **(xiii)** a cobrança de **tarifas** ou **quantias** de qualquer natureza também **não** poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das **estradas**, equipamentos públicos, **linhas de transmissão de energia** ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; **(xiv)** as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); **(xv)** é **vedada**, nas terras indígenas, a qualquer **pessoa estranha** aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de **caça**, **pesca** ou **coleta de frutos**, assim como de atividade **agropecuária** ou **extrativa** (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); **(xvi)** as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a **renda indígena** (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena **imunidade tributária**, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; **(xvii)** é **vedada** a **ampliação** da **terra indígena já demarcada**; **(xviii)** os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e **(xix)** é assegurada a participação dos **entes federados** no procedimento administrativo de **demarcação** das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Vencidos, quanto ao item (xvii), a Senhora Ministra Carmen Lúcia e os Senhores Ministros Eros Grau e Carlos Britto, Relator. Cassada a liminar concedida na Ação Cautelar nº 2.009-3/RR. Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou seu imediato cumprimento, independentemente da publicação, confiando sua supervisão ao eminente

Relator, em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente com seu Presidente. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie, que proferiram voto em assentada anterior.

Plenário, 19.03.2009.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)