

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS  
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
PROGRAMA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL**

DANIEL PINHEIRO VIEGAS

**A TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO INDÍGENA  
E A CONSTITUIÇÃO DE 1988:**

*A territorialização como instituto jurídico-constitucional*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Ambiental.

ORIENTADOR: Professor Doutor Edson Damas da Silveira

**Manaus  
2015**

**DANIEL PINHEIRO VIEGAS**

**A TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO INDÍGENA  
E A CONSTITUIÇÃO DE 1988:**

*A territorialização como instituto jurídico-constitucional*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em  
Direito Ambiental da Universidade do Estado do  
Amazonas, como requisito para obtenção do grau de Mestre  
em Direito Ambiental.

ORIENTADOR: Professor Dr. Edson Damas da Silveira

**Manaus  
2015**

Catálogo na fonte  
Elaborada pela Universidade do Estado do Amazonas/UEA

V657t Viegas, Daniel Pinheiro

A tradicionalidade da ocupação indígena e a Constituição de 1988 /  
Daniel Pinheiro Viegas. – Manaus: Universidade do Estado Amazonas,  
2015.

195 fls.: 30 cm

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito  
Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

Orientador: Prof. Dr. Edson Damas da Silveira

1. Direito Constitucional. 2. Ocupação Indígena. 3. Territorialização. I.  
Título.

CDU 349.6(043.3)

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS  
Av. Castelo Branco, 670 – Cachoeirinha – Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental.  
Cep. 69027-170 – Manaus-Am.

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

DANIEL PINHEIRO VIEGAS

### **A TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO INDÍGENA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988:**

*A territorialização como instituto jurídico-constitucional*

Dissertação aprovada pelo Programa de Pós-graduação em  
Direito Ambiental da Universidade do Estado do  
Amazonas, pela Comissão Julgadora abaixo identificada.

Manaus, 27 de março de 2015.

Presidente: Prof. Dr. Edson Damas da Silveira  
Universidade do Estado do Amazonas

Membro: Prof. Dr. Alfredo Wagner Berno de Almeida  
Universidade do Estado do Amazonas

Membro: Profa. Dra. Jaiza Maria Pinto Fraxe  
Membro externo

## **DEDICATÓRIA**

Aos Povos Indígenas brasileiros, que resistem cotidianamente ao direito de existir, dedico a presente pesquisa como minha pequena contribuição na desconstrução do que lhes é imposto como norma.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos Colegas e amigos da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, Júlio Cezar de Lima Brandão, pelo estímulo e sugestões; Júlio Cesar de Vasconcellos Assad, pela compreensão e apoio; Rafael Lins Bertazzo pela força e reflexões diárias.

Ao amigo Fabiano Buriol, grande parceiro nessa empreitada acadêmica.

Às amigas Lorena, Renata e Danielle pela fraterna companhia durante o Mestrado. À amiga Isabela Sales, parceira de ideias e ideais. À incansável Dona Rai (Raimunda Albuquerque De Oliveira) sempre paciente e atenciosa a frente da Secretaria do Mestrado.

Ao Professor Edson Damas da Silveira atencioso e paciente orientador, pelas reflexões e confiança no desenvolvimento da pesquisa.

Ao Professor Alfredo Wagner Berno de Almeida, cujo entusiasmo e as provocações me foram essenciais e sem as quais essa pesquisação não se realizaria.

Aos meus primos Henrique, André, Alessandro, Flávio, Ludugério Junior e Leandro que, sem perceberem, contribuíram de maneira fundamental.

Aos meus pais Gilberto e Josilda que desde cedo me ensinaram a respeitar a diferença.

Aos meus filhos Antonio Augusto, Mateus e Gabriel, cuja existência é o grande estímulo para sonhar com um mundo melhor.

À Juliana, que dá sentido a tudo isso.

## RESUMO

A dissertação investiga o sentido da expressão *terras tradicionalmente ocupadas* cunhada na Constituição Federal de 1988 e interpretada pelo Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da Petição nº 3.388/RR, em 2009, do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, sob fundamento da teoria do *fato indígena*, estabeleceu a promulgação da Carta Magna como marco temporal para o reconhecimento do direito territorial indígena. Para isso foi realizada inicialmente uma problematização da historicidade da relação do Estado com o direito territorial indígena no Brasil, a partir da análise de como os Estados ibéricos, no período colonial, e o Estado brasileiro estabeleceram, a partir de marcos legais, a regulamentação da relação com os povos indígenas brasileiros e com seus territórios. Em seguida, analisou-se todo o processo de construção do texto normativo do art.231, §1º da CRFB/88, desde os debates internacionais em torno da Convenção 169 da OIT até as discussões travadas na Assembleia Nacional Constituinte de 1987. A partir disso, descreveu-se o levantamento de como a doutrina jurídica e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passaram a interpretar o citado texto normativo. Diante desses dados documentais, a pesquisa passou a analisar a hipótese de a Constituição Federal de 1988, no art.231, §1º e art.215,§1º, para além do *indigenato* e do *fato indígena*, ter positivado a *territorialização* como instituto jurídico. Para a aferição dessa hipótese a pesquisa investigou as seguintes questões: 1) A expressão “*terras que tradicionalmente ocupam*” é “vaga” e admite a aplicação da concepção do Supremo Tribunal Federal? 2) É possível, a partir da teoria da mutação constitucional, admitir que o art.231, §1º da Constituição Federal de 1988 tenha seu sentido alterado para se admitir uma limitação temporal do direito territorial indígena? 3) Ante a relação entre direito territorial indígena e quilombola, como este último tem sido concretizado pela jurisprudência dos tribunais inferiores? 4) Como os povos indígenas interpretam o art.231, §1º da Constituição Federal de 1988 a partir das experiências de reivindicação dos indígenas do Nordeste e dos novos conflitos urbanos no Norte? 5) Como pensar uma tradicionalidade que se distancie de uma perspectiva arqueológica e etnocêntrica? 6) Como se aproximar de uma concretização constitucionalizante do art.231, § 1º da Constituição Federal?

**Palavras-chave:** terra, território, tradição, indígena, etnogênese, fato indígena, indigenato, territorialização, direito constitucional.

## ABSTRACT

This dissertation investigates the meaning of the expression *traditionally occupied lands* coined in the Federal Constitution of 1988 and interpreted by the Supreme Court in which the judgment of Petition no. 3388/RR in 2009, the case of the Raposa Serra do Sol Indigenous Land, founded on the theory of the *indigenous fact* (“fato indígena”), established the promulgation of the National Constitution as a timeframe for the recognition of indigenous territorial rights. For this purpose, an initial inquiry on the history of the State's relationship with indigenous territorial rights in Brazil was carried out, based on the analysis of how Iberian States during the colonial period, and the Brazilian government established regulation of the relationship with Brazilian indigenous peoples and their territories, through legal frameworks. Then the entire construction process of the legal text of article 231, paragraph 1 of CRFB/88 from international debates on the ILO Convention No. 169 is analyzed, up to the discussions held in the National Constituent Assembly of 1987. I describe the survey of how the legal doctrine and jurisprudence of the Supreme Court came to interpret the legal text mentioned here. Given these documentary data, the research will examine the hypothesis that the Federal Constitution of 1988, in art. 231, §1º and article 215, §1º, going beyond the *indigenato* and *indigenous fact*, have established *territorialization* as a legal institution. To measure this hypothesis the research investigates the following issues: 1) Is the expression *traditionally occupied lands* “vague” and does it permit the application of the conception used by the Supreme Court? 2) Is it possible, through the theory of constitutional change, to admit that article 231, §1 of the 1988 Federal Constitution has altered its meaning to allow a time limitation for indigenous territorial rights? 3) Considering the relationship between indigenous and *quilombola* territorial law, how has the latter been achieved by case-law of the lower courts? 4) How do indigenous peoples interpret article 231, paragraph 1 of the 1988 Federal Constitution from the experiences of Northeast Indian demands and new urban conflicts in the North? 5) How to think about a traditionalism that is distant from archaeological and ethnocentric perspectives? 6) How to approach constitutionalizing attainment of article 231, § 1 of the Federal Constitution?

**Keywords:** land, territory, tradition, indigenous, ethnogenesis, indigenous fact, *indigenato*, territorialialization, constitutional right.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2. A RELAÇÃO DO ESTADO COMO DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA NO BRASIL: UM LEVANTAMENTO DOS MARCOS LEGAIS DO PERÍODO COLONIAL À DITADURA CIVIL-MILITAR</b> .....	17
2.1. OS POVOS PRÉ-COLOMBIANOS E OS TERRITÓRIOS: A PRESENÇA COLONIAL COMO FATO HISTÓRICO DETERMINANTE.....	18
2.2. A DOUTRINA COLONIALISTA DA (DES)IGUALDADE BIOLÓGICA COMO JUSTIFICATIVA PARA A AÇÃO COLONIZADORA SOBRE AS COMUNIDADES INDÍGENAS E PARA (DES)TERRITORIALIZAÇÃO.....	20
2.3. AS “GUERRAS JUSTAS” PELA (DES)TERRITORIALIZAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DOUTRINA DA VIOLÊNCIA PARA A OBEDIÊNCIA ATRAVÉS DOS INSTITUTOS DO <i>REQUERIMIENTO, ALDEAMENTO E DESCIMENTO</i> .....	24
2.4. A INDEPENDÊNCIA DO BRASIL E AS BASES DA POLÍTICA INDIGENISTA PRATICADA DURANTE O SÉCULO XVIII E XIX: AVANÇO DA ASSIMILAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS....	28
2.5. A LEI Nº 601 (1850): A MERCANTILIZAÇÃO DA TERRA E A LEGALIZAÇÃO DAS EXPROPRIAÇÕES DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS.....	31
2.6. A REPÚBLICA: DA POLÍTICA DE INVISIBILIZAÇÃO À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO INDIGENATO COMO EFEITO DA ANCESTRALIDADE DA POSSE INDÍGENA.....	34
2.7. A DITADURA CIVIL-MILITAR: OS POVOS INDÍGENAS E SEUS TERRITÓRIOS COMO GRANDES EMPECILHOS AOS GRANDES “PROJETOS DESENVOLVIMENTISTAS”.....	48
<b>3. DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	56
3.1. OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE: O ATIVISMO DO MOVIMENTO INDÍGENA E A ADESÃO DA SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA... ..	59
3.2. A PARTICIPAÇÃO DOS ANTROPÓLOGOS NAS SESSÕES DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987: A APRESENTAÇÃO DE UMA NOVA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS.....	66
3.3. A PARTICIPAÇÃO E OS TEMAS ABORDADOS PELA SOCIEDADE CIVIL E POR JURISTAS NA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE: A PROPRIEDADE FUNDADA NO MODO SOCIAL E A NECESSIDADE DE SE ESTABELECEM INSTRUMENTOS QUE POSSIBILITEM A DEFESA DOS DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS.....	73
3.4. AS REIVINDICAÇÕES TERRITORIAIS DAS LIDERANÇAS INDÍGENAS “ <i>ESSE POVO NÃO PODE SER REPRIMIDO, ESSE POVO NÃO PODE SER ESPREMIADO, ESSE POVO NÃO PODE SER ISOLADO, ESSE POVO TEM QUE SER ATENDIDO</i> ”.....	76

3.5. O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL DO ART .231,§1º NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE.....	80
3.6. A NORMA JURÍDICA EXTRAÍDA DA INTERPRETAÇÃO DO ART .231, §1º DO TEXTO CONSTITUCIONAL, PELA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA .....	102
3.7. A NORMA JURÍDICA HISTORICAMENTE EXTRAÍDA DOS DIVERSOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	114
<b>4. A TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO INDÍGENA NO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A DISPUTA ENTRE A NORMA JURÍDICA VIVENCIADA E A NORMA JURÍDICA REPRESADA PELA MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL.....</b>	<b>131</b>
4.1. AS “ <i>TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM</i> ”: UMA TENTATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE TORNAR “VAGA” UMA EXPRESSÃO TEXTUALMENTE DELIMITADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	133
4.2. A TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS LIMITES INTERPRETATIVOS.....	136
4.3. O DIREITO TERRITORIAL QUILOMBOLA NA JURISPRUDÊNCIA COMO PARADIGMA DE DISCUSSÃO PARA DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA.....	145
4.4. AS CAUSAS E OS EFEITOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 NAS EMERGÊNCIAS ÉTNICAS DOS POVOS INDÍGENAS E A NECESSIDADE DE UMA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONALIZANTE.....	153
4.5. O CONTEÚDO DO CONCEITO DE TRADIÇÃO COMO PONTO DE PARTIDA PARA UMA NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO INDÍGENA .....	162
4.6. A <i>TERRITORIALIZAÇÃO</i> COMO NOVO INSTITUTO JURÍDICO TRAZIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA ALÉM DO INDIGENATO E EM CONTRAPOSIÇÃO AO FATO INDÍGENA.....	169
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>177</b>
<b>6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>182</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa surge do mesmo questionamento de Said (2007) quanto à possibilidade de sobreviver às consequências da divisão da realidade humana em culturas, histórias, tradições, sociedades e a até raças claramente diferentes para de algum modo evitar a hostilidade expressada pela divisão dos homens em “nós” e “eles”, cujo uso histórico e de fato, normalmente, teve intenções não muito admiráveis.

Esse questionamento norteia e instiga a busca por uma maior compreensão das escolhas jurídicas e políticas do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no ano de 2009, ao apreciar a Petição nº 3388 e julgar a Ação Popular ajuizada contra a União, em maio de 2005, pelos Senadores Affonso Botelho Neto e Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, na qual se impugnava o modelo de demarcação contínuo da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima.

Nesse julgamento, a mais alta Corte do Poder Judiciário nacional firmou uma grande quantidade de conceitos e critérios para demarcação de terras indígenas, dentre os quais, o estabelecimento da data da promulgação da Constituição Federal de 1988 como marco temporal para aferição das áreas tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas. Nesse acórdão do STF, sob o item 11, intitulado O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS, o Ministro Relator Ayres Britto, dispôs que a Constituição Federal trabalhou com a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988), como “insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene” (BRASIL, 2009). Disso já se observa as escolhas da Suprema Corte em utilizar as mesmas expressões que rotulam os indígenas desde o período colonial.

Prosseguindo, o Ministro Ayres Britto (BRASIL, 2009) também fez uma interpretação de qual seria o sentido da expressão *terras tradicionalmente ocupadas* cunhada na Constituição Federal, dispondo, sob fundamento da teoria do *fato indígena*, que haveria um marco da

tradicionalidade da ocupação, ou seja, “é preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etno gráfica”, excetuando apenas quando a reocupação não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios.

Esse entendimento estimulou essa investigação acerca do conceito de “*ocupação tradicional*”, disposto no art.231, §1º da Constituição da República, para verificar se de fato o texto constitucional qualifica a posse indígena a partir de uma relação congênita, como pretende o *indigenato* (1912); se existe força explicativa nessa *teoria do fato indígena*, que condiciona o direito territorial a temporalidade da posse, a partir do conceito de *habitat*, ou ainda, se houve novo caminho para compreender a complexidade da ocupação indígena institucionalizado na Constituição de 1988, considerando a realidade da etnogênese e da territorialização na história e na antropologia nacionais.

Para tanto, foi necessária a problematização da historicidade da relação do Estado com o direito territorial indígena no Brasil, a partir da análise de como os Estados ibéricos, no período colonial, e o Estado brasileiro estabeleceram, a partir de marcos legais, a regulamentação da relação com os povos indígenas brasileiros e com seus territórios, investigando o que há de comum nos períodos compartimentados e periodicizados da história vulgar, bem como, o que há de etnocêntrico nessas normas legais instituídas a pretexto de uma distinção biológica ou religiosa, para justificar a submissão do que lhe era diferente.

Em seguida, a partir da constatação de que a Constituição Federal de 1988 manteve a tradição constitucional brasileira do *indigenato*, reconhecendo aos povos indígenas o direito territorial sobre as terras tradicionalmente ocupadas, foi necessário observar se o texto foi além e desvinculou o direito das comunidades indígenas da perspectiva arqueológica e da linearidade temporal, não exigindo para o reconhecimento do direito territorial uma posse imemorial e nem datada, mas a tradicionalidade do seu uso.

Para isso, se analisou os antecedentes da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, os debates e discussões nas Conferências Internacionais do Trabalho promovidas pela Organização Internacional do Trabalho – OIT e, mais profundamente, as disputas dentro do Congresso Nacional, que não apenas culminaram com o texto referente ao direito territorial indígena, mas deram início a um novo embate interpretativo travado na doutrina jurídica e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas demais Cortes brasileiras.

Por fim, se investigou a ressemantização do conceito de “tradição” para contrapô-lo aos institutos jurídicos do *indigenato* e do *fato indígena*, para verificar se no *campo jurídico* é possível, a partir da interpretação constitucional, observar a necessidade da incorporação de uma nova categoria no léxico jurídico, que justifique e solucione as novas demandas territoriais, observadas as experiências do direito territorial quilombola, das comunidades indígenas no Nordeste e as novas territorialidades urbanas na cidade de Manaus, no Estado do Amazonas.

Com isso, a presente pesquisa lança como hipótese a ser aferida, a possibilidade da Constituição Federal de 1988 no art.231, §1º e art.215,§1º, para além do *indigenato*, ter positivado, como instituto jurídico, a *territorialização*, como um processo natural e reverso à política indigenista territorial praticada pelo Estado colonial e, posteriormente, pelo Estado brasileiro, não originário de uma anterioridade da posse ou da presença indígena, mas decorrente da proteção constitucional ao direito de existir desses grupos étnicos, com suas especificidades?

Para os procedimentos da pesquisa foi utilizada uma base documental composta por livros e artigos científicos, artigos de jornais, alvarás régios, decretos, leis, projetos de lei, anteprojetos de constituições, atos institucionais, atos adicionais, repertórios de jurisprudência, acórdãos, sentenças, anais legislativos, relatórios e pareceres, que permitiu realizar a descrição e análise da historicidade da relação dos povos indígenas com o Estado e compreender o fenômeno interpretativo constitucional, para aferir a possibilidade de novas estratégias de argumentação diante de conflitos étnicos fundiários relacionados aos povos indígenas, a partir das normas jurídicas estabelecidas.

Antes, porém, é necessário registrar as opções conceituais de determinadas expressões, para que os leitores entendam o porquê da pesquisa se utilizar de alguns termos como sinônimos, mesmo de maneira contrária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Petição nº 3.388/RR. Esse registro segue o alerta de Foucault (2007: XV-XVI), no Prefácio de *As Palavras e as Coisas*, de que não há, “mesmo para a mais ingênua experiência, nenhuma similitude, nenhuma distinção que não resulte de uma operação precisa e da aplicação de um critério prévio”, que é indispensável para a imposição da ordem do “nós” ao “outro”.

Portanto, “é só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza” (GADAMER, 2005:360), observando que as escolhas conceituais são ordens, e como tais formam, “a rede

secreta segundo a qual elas se olham de algum modo umas às outras e aquilo que só existe através do crivo de um olhar, de uma atenção, de uma linguagem” (FOUCAULT, 2007: XVI).

Assim, considerando que a “variação semântica no tempo e no espaço é indissociável dos condicionamentos pragmáticos, ou seja, dos interesses, expectativas e valores envolvidos no momento da interpretação/aplicação” (NEVES, 1994:322), é que esta pesquisa rejeita a aplicação da expressão “silvícola”, “aborígene”, “primitivo”, “nativos”, “gentil”, “brabo”, bem como as distinções estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal em relação à terra e ao território, além da sua escolha de não se referir aos indígenas como povos.

A abolição das expressões aspeadas acima deve-se ao fato de estarem associadas a uma ideia primitivista de idealizar os índios como seres que habitam a selva, selvagens na definição encontrada no dicionário (ABL,1008:1181), como elementos do atraso e da desordem, que não distinguiria comunidades indígena de primatas, numa perspectiva evolucionista, cujo ranço ainda está fortemente presente na jurisprudência em expressões como “aculturados”, “misturados” entre outras<sup>1</sup>, para justificar a aplicação de um conceito restritivo de nação.

O Supremo Tribunal Federal considerou “território” como uma categoria jurídico-política, que delimita espacialmente “a incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma”, enquanto o substantivo “terras” seria uma categoria sócio-cultural, e não política, para concluir que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras deteria estatura normativa de “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente (BRASIL, 2014).

Todavia, seguindo a doutrina de Souza Filho (2003:101) em seu estudo acerca da territorialidade no Estado brasileiro, observa-se que as distinções estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, em verdade, revelam que a mesma ideologia utilizada para negar a existência de um povo é historicamente aplicada para negar o território.

Os nomes que o Direito brasileiro, no decorrer dos tempos, deu aos territórios indígenas são reveladores do conteúdo que se atribuiu ao direito outorgado. “Reserva” era o nome utilizado pela Lei de Terra de 1850, Lei nº 601, e guardava a ideia de reservar um espaço territorial aos povos que fossem encontrados na

---

<sup>1</sup> Nesse trecho do acórdão da Petição nº 3388 se observa a perspectiva evolucionista na distinção entre índios e silvícolas, como se este fosse um estágio anterior ao suposto processo de perda de cultura que a Corte denomina de “aculturação”, mas que não tem respaldo na antropologia contemporânea “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 (BRASIL, 2009).

colonização para a distribuição, chamada de ordenada, a quem tivesse capital para nelas investir. Nas terras reservadas, os índios deveriam ficar até que aprendessem um trabalho “civilizado” e pudessem ser integrados à vida nacional. Embora reservados, os direitos eram provisórios, mas sempre ligados a um espaço territorial.

A palavra “área” foi também usada, e finalmente “terra indígena”. O nome “território” nunca foi usado; ao contrário, foi intencionalmente negado. É claro que há uma não muito sutil diferença entre chamar entre “terra” e “território”: “terra” é o nome jurídico que se dá à propriedade individual, seja público ou privada; “território” é o nome jurídico que se dá a um espaço jurisdicional. Assim, o território é um espaço coletivo que pertence a um povo. (SOUZA FILHO, 2003:101)

Trata-se do reflexo, no discurso jurídico, da implantação de uma política colonialista e etnocentrista, comum nas Constituições dos Estados-nacionais latino-americanos que incorporaram às orientações do modelo europeu, no qual a Constituição estabelecia um rol de direitos e garantias individuais, sendo omissas quanto a qualquer direito que não fosse a possibilidade de aquisição patrimonial individual.

A origem histórica desse discurso e das escolhas conceituais e distinções estabelecidas nos precedentes jurisprudenciais remontam a uma estratégia de disputa de poder estabelecida após as Revoluções Inglesa, Francesa e Americana, as quais, segundo Hobsbawm (2012), não poderiam desprezar a terra como condição e consequência necessária da sociedade burguesa e de todo o desenvolvimento econômico na velocidade em que se pretendia.

De outro lado, o receio de se associar a ideia de povo com a formação de uma nação, o que colocaria teoricamente em risco a integridade territorial nacional revela-se numa falsa premissa e no preconceito de se imaginar que a “nação singulariza o elemento humano do Estado ou se confunde com o próprio Estado” (SILVA: 2005:852). Trata-se de uma perspectiva superada ante a realidade de existirem Estados multinacionais ou multiétnicos, Estado sem nação (o Vaticano) e nação sem Estado como os judeus até a fundação do Estado de Israel (SAUER, 1933:186 apud SILVA, 2005:852).

Como bem observa Agamben, há no conceito de povo dentro da política ocidental uma ambiguidade semântica que não é casual, mas reflexo de uma anfibologia intencional, uma oscilação dialética entre dois polos opostos:

de um lado, o conjunto Povo como corpo político integral, de outro, o subconjunto povo como multiplicidade fragmentária de corpos necessitados e excluídos; ali uma inclusão que se pretende sem resíduos, aqui uma exclusão que se sabe sem esperanças; num extremo, o Estado total dos cidadãos integrados e soberanos, no outro, a reserva - corte dos milagres ou campo - dos miseráveis,

dos oprimidos, dos vencidos que foram banidos (AGAMBEN, 2014).

Menos que conceitos científicos, essas distinções semânticas revelam a existência de “uma luta teórica contra a força dos esquemas interpretativos dos *positivistas no direito*” (ALMEIDA, 2008:20), que confundem

etnias, minorias e/ou povos tradicionais dentro de uma noção genérica de “povo”, elidindo a diversidade cultural, e contra a ação sem sujeito de esquemas inspirados nos “estruturalismos”, que privilegiam e se circunscrevem às oposições simétricas entre “comum” e “individual”, entre “coletivo” e “privado”, entre “propriedade” e “uso”, entre recursos “abertos” e “fechados”, entre “tradicional” e “moderno”, menosprezando a dinâmica das situações concretas produzidas pelos povos e grupos tradicionais nas suas relações sociais com seus antagonistas históricos. O “modelo de propriedade comum”, concebido pelos legisladores para harmonizar a homogeneização jurídica dos registros cadastrais de terras, e as interpretações absolutas do “uso comum”, que aparecem nos documentos oficiais com finalidade de recenseamento agropecuário, são aqui relativizados e considerados como noções pré-concebidas, que contraditam as ações mobilizatórias dos chamados “povos tradicionais” e suas categorias intrínsecas de apropriação dos recursos naturais (ALMEIDA, 2008:20).

Desta feita, não se optará nesta pesquisa em perpetuar a distinção entre “terra” e “território”, cuja relevância se refere muito mais a uma questão ideológica historicamente construída do que numa diferença ontológica que conduziria a alguma teoria separatista ou conspiratória contra a soberania estatal. Assim, após a Constituição de 1988, “não se coloca mais em dúvida que o Estado nacional é pluriétnico e multicultural, e que todo o direito, em sua elaboração e aplicação, tem esse marco como referência inafastável” (PEREIRA, 2007:09).

Por conseguinte, a opção pela denominação “povos indígenas” fundamenta-se juridicamente nos critérios adotados pela Convenção nº 169 da OIT<sup>2</sup>, promulgada pelo Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004, e pelo Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que “Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais”.

---

<sup>2</sup> Art. 1º

[...] 3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

## **2. A RELAÇÃO DO ESTADO COM O DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA NO BRASIL: UM LEVANTAMENTO DOS MARCOS LEGAIS DO PERÍODO COLONIAL À DITADURA CIVIL-MILITAR**

Reconstruir uma historicidade da relação do Estado com o direito territorial indígena, seja o português no período colonial, ou o brasileiro após a “independência”, exige, ao menos, duas cautelas iniciais: a de se evitar descrever os fatos históricos e marcos legais de maneira evolucionista, o que não teria fundamento científico e nem corresponderia à realidade vivenciada pelos povos indígenas; e a de que, embora as normas jurídicas busquem a universalidade e a uniformidade entre as pessoas, contraditoriamente, não há uma relação “genérica” entre indígenas e não-índios, como se as infinitas diferenças entre as comunidades autóctones e os contatos estabelecidos pudessem ser compreendidas a partir da dicotomia “bom selvagem/bárbaro”.

Assim, a pretensão deste capítulo é identificar como os Estados ibéricos e o Estado brasileiro estabeleceram, a partir de marcos legais, a regulamentação da relação com os povos indígenas brasileiros e com seus territórios, investigando o que há de comum nos períodos compartimentados e periodicizados da história vulgar, bem como, o que há de etnocêntrico nessas normas legais instituídas, que carregavam como pretextos uma distinção biológica ou religiosa para justificar a submissão do que lhe era diferente.

Essa compreensão das origens dessas relações entre os povos indígenas com os Estados ibéricos e com o Estado “nacional” brasileiro é essencial para encontrar o nascedouro de velhos instrumentos legais de inspiração colonial que impedem a efetivação dos novos dispositivos da Constituição Federal de 1988, o que ocorre mecanicamente nos aparatos burocrático-administrativos do Estado, como também são resultantes de estratégias engendradas, seja por interesses que historicamente monopolizaram a terra, seja por interesses de “novos grupos empresariais” interessados na terra e demais recursos naturais (ALMEIDA, 2008:40).

## 2.1.OS POVOS PRÉ-COLOMBIANOS E OS TERRITÓRIOS: A PRESENÇA COLONIAL COMO FATO HISTÓRICO DETERMINANTE

Debater a categoria *território* como *terra tradicionalmente ocupada* exigirá uma pesquisa quanto à gênese da formação desse conceito, bem como a sua interface com a *terra* e a propriedade. Contudo, é relevante registrar que *território* é domínio, que pode se materializar em um espaço físico, mas dessa forma não está ontologicamente ligado a natureza humana, nem está presente em todas as culturas das sociedades humanas, sendo objeto da análise de diversas ciências sociais, como o direito e a antropologia. Oliveira (1998:54) recorda que

Bohanan (1967) fornece uma grande quantidade de exemplos em que os princípios ordenadores de uma sociedade estão localizados em um ponto específico da estrutura social - o sistema de linhagem, as classes de idade, a organização militar, o sistema ritual, as formações religiosas -, sem que as ações sociais possuam qualquer conexão mais significativa com alguma base territorial fixa.

Para Souza Filho (2002), mesmo nos povos em que existe essa categoria, no sentido de exercício do poder em determinado espaço geográfico, ela se fundamenta nos mais variados motivos, como mitos, crenças e cultura, que definem critérios totalmente diferentes da ocupação própria e de defesa contra a ocupação por terceiros, afirmando que

cada povo indígena tem uma idéia própria de território, elaborada por suas relações internas, com os outros povos e com o espaço onde lhes coube viver. Por isso mesmo, estão incluídos nos direitos territoriais os direitos ambientais, que têm estreita ligação com os culturais, uma vez que significam a possibilidade ambiental de reproduzir hábitos alimentares, farmacologia própria, arte e artesanato. Além disso, supõe-se que cada povo sabe a história, real ou mítica, de seu território, conhecendo sua extensão e seus limites (SOUZA FILHO, 2002:53).

Exemplo disso são os Caiapó, para os quais há definições quanto aos limites de seu território e resistem a qualquer tipo de invasão, seja indígena ou não (SOUZA FILHO, 2002). Os Guarani Kaiowá, também para exemplificar, habitantes do sul do Mato Grosso (Brasil) e norte do Paraguai, têm sua territorialidade associada à permanência nas “fazendas”, como trabalhadores rurais e muitas vezes em situação análoga a de escravos, para não se afastar de seus sítios

ancestrais, sendo esse contexto determinante para o alto índice de suicídio entre os Kaiowá, com casos graves de suicídios coletivos. (THOMAZ DE ALMEIDA apud SOUZA FILHO, 2012).

Assim, se ainda hoje não é uniforme e não têm os mesmos sentidos o debate sobre território e direito territorial, imagine antes da descoberta da América e dos americanos, que, como bem avalia Todorov (2010), foi o mais surpreendente encontro da história, mais que a chegada em qualquer outro continente ou até mesmo à Lua, ante o sentimento radical de estranheza que anuncia e funda a identidade da população presente a partir do maior genocídio da humanidade.

Portanto, constando-se que a categoria *território* não está presente em todas as sociedades indígenas brasileiras e que são inúmeros os fatores internos e externos, que podem ser indicados para explicar a passagem de uma sociedade segmentar à condição de sociedade centralizada, Oliveira (1998) observa que no caso brasileiro o elemento mais repetitivo e constante, responsável por tal transformação, foi o processo de colonização, que sujeitou as sociedades indígenas a um aparato político-administrativo que integra e representa um Estado (seja politicamente soberano ou somente com *status* colonial).

Foi a presença colonial, como fato histórico, o responsável por instaurar uma nova relação das sociedades indígenas com o *território*, deflagrando transformações em múltiplos níveis de sua existência sociocultural (OLIVEIRA, 1998), que culminou com a incorporação de elementos étnicos e de autodefinição coletiva, concorrendo para relativizar divisões político-administrativas (ALMEIDA, 2011) bem como a própria percepção da propriedade privada.

Dessa maneira, para que se possa compreender a doutrina jurídica e os precedentes judiciais relacionados ao direito territorial indígena, principalmente os que urdem “por uma pá de cal” (BRASIL, 2009) em torno da efetivação desse direito, é relevante a problematização da historicidade da relação do Estado com o direito territorial indígena no Brasil, a partir da invasão colonial.

Esse é o fato histórico primordial para observar e entender como se dá a formação das concepções jurídicas postas em debate no Supremo Tribunal Federal, bem como a origem da pretensão de se imprimir *o selo da universalidade* a um ponto de vista sobre o mundo social que conduz à tentativa de *universalização da prática*, quer dizer, à generalização nas práticas, de um modo de ação e de expressão até então próprio de uma região do espaço geográfico ou do espaço social (BOURDIEU, 2011).

## 2.2. A DOUTRINA COLONIALISTA DA (DES)IGUALDADE BIOLÓGICA COMO JUSTIFICATIVA PARA A AÇÃO COLONIZADORA SOBRE AS COMUNIDADES INDÍGENAS E PARA (DES)TERRITORIALIZAÇÃO.

A expansão colonialista ibérica buscou estabelecer uma relação com os povos indígenas a partir de uma perspectiva maniqueísta e evolucionista, fundada em uma filosofia religiosa sincrética e dualística, em que a representação dos indígenas é feita a partir da sua igualdade ou distinção biológica do colonizador, o que irá justificar a diversidade das relações estabelecidas, porém conduzirá sempre a um mesmo desfecho. Ou seja, o determinismo biológico serve como substrato para a execução do determinismo geográfico.

Não é por outra razão que se observa a variação de que os indígenas ora são tidos como seres de um paraíso terrestre, de um Éden perdido, nobres selvagens, na infância do mundo, ora como seres inferiores, infiéis e traiçoeiros (LACERDA, 2007), um meio termo entre os homens e os animais (TODOROV, 2010).

Trata-se do início do debate quanto à formulação doutrinária da desigualdade e a sua contraposição, que defendia a igualdade entre indígenas e colonizadores, expondo a oposição entre identidade e diferença, em que a “diferença se degrada em desigualdade; a igualdade em identidade” (TODOROV, 2010:211). Essa querela doutrinária fica bem evidenciada no Duelo de Valladolid<sup>3</sup>, em 1550, com o debate travado entre Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573), teólogo e jurista erudito, que se tornara o expoente maior da defesa da desigualdade biológica, da incapacidade indígena e da sua escravização em “guerras justas”, e do outro lado Bartolomé de Las Casas (1484-1566), dominicano, Bispo de Chiapas, com longa vivência junto aos indígenas e defensor da doutrina da igualdade (TODOROV, 2010).

Todorov (2010:221) revela que Sepúlveda achava

que a hierarquia, e não a igualdade, é o estado natural da sociedade humana. Mas a única relação hierárquica que conhece é a simples superioridade-inferioridade; não há, pois diferenças de natureza, mas apenas graus diversos numa única escala de valores, ainda que a relação possa repetir-se *ad infinitum*.

---

<sup>3</sup> O Duelo de Valladolid ocorre quando SEPÚLVEDA, não obtendo do Conselho das Índias o direito de imprimir seu tratado que consagra às justas causas das guerras, recorre àquele para tentar reverter a decisão. LAS CASAS então propõe-se a defender os argumentos contrários (TODOROV, 2010).

Assim, Sepúlveda fundamentava sua teoria na ideia aristotélica de servidão natural considerando quatro causas, que também são imperativos morais, que justificariam a *justiça* da guerra empreendida pelos espanhóis contra esses “bárbaros”: a primeira seria a servidão natural dos homens “bárbaros”, incultos e inumanos que se neguem em admitir a dominação dos que são mais prudentes, poderosos e perfeitos que eles; a segunda seria atender ao propósito de banir o crime hediondo e assombroso de devorar carne humana, cultuando demônios ao invés de Deus; terceira causa seria salvar de ferimentos graves muitos mortais inocentes que são sacrificados todos os anos por esses “bárbaros”; e por fim, a quarta justificativa da guerra é a forma aberta e segura de abrir caminho para os missionários (TODOROV,2010).

Por essas razões, Sepúlveda, propunha tratamentos diferenciados conforme o tipo de reação indígena à conquista. Ou seja, aqueles que resistirem com armas aos espanhóis e forem vencidos deveriam ser entregues à “justa escravidão”, perdendo assim a sua liberdade e seus bens. A escravidão, contudo, não deveria ser reservada para aqueles que por prudência ou por temor se entregarem à misericórdia e poder dos cristãos. (SEPÚLVEDA apud LACERDA,2007).

Sepúlveda cita a epístola 75 de Santo Agostinho, segundo a qual, “a perda de uma só alma morta sem batismo ultrapassa em gravidade a morte de inumeráveis vítimas, ainda que fossem inocentes”, Todorov (2010:226) analisa que nessa concepção

há um valor absoluto, que neste caso é o batismo, o fazer parte da religião cristã; a aquisição desse valor tem precedência sobre aquilo que o indivíduo considera como seu bem supremo, a saber, a vida. Isso porque a vida e a morte do indivíduo são, justamente, bens pessoais, ao passo que o ideal religioso é um absoluto, ou melhor, um bem social. A diferença entre o valor comum, transindividual, e o valor pessoal é tão grande, que permite uma variação quantitativa inversa nos termos aos quais esses valores estão ligados: a salvação de um justifica a morte de milhares.

De outro lado, em contraposição à concepção hierárquica de Sepúlveda, de raízes aristotélicas, está a concepção igualitarista de Las Casas, apresentada por ele mesmo, em seu discurso em Valladolid, como proveniente dos ensinamentos do Cristo (TODOROV,2010). Não que o cristianismo ignore as oposições, ou as desigualdades, mas para Las Casas a oposição fundamental é entre crente e descrente, cristão e não-cristão, que se referem às diferenças de fato e não às diferenças naturais (TODOROV,2010).

Ou seja, Todorov (2010) demonstra que enquanto na oposição senhor-escravo derivada de Aristóteles: o escravo é um ser intrinsecamente inferior, pois lhe falta, ao menos em parte, a razão, que é justamente o que define o homem, e que não pode ser adquirida, como a fé. Las

Casas, defendendo a ideia de um indígena “bom selvagem”, o verdadeiro cristão por sua conduta materialmente despreendida e pacífica, defende que as diferenças fáticas são superáveis com a incorporação da fé cristã.

Portanto, Las Casas dá uma expressão mais ampla à igualdade, que é posta como fundamento de qualquer política humana. Para ele “as leis e as regras naturais e os direitos do homem são comuns a todas as nações, cristã ou gentílica, e qualquer que seja a seita, a lei, o Estado, a cor e a condição, sem nenhuma diferença.” Com isso, ele não apenas afirma a igualdade abstrata, mas de uma igualdade concreta entre *nós* e os *outros*, espanhóis e índios; daí a frequência, em seus escritos, de fórmulas do gênero, a exemplo da Carta ao Príncipe Felipe, 20.4.1544, em que afirma: “Todos os índios que ali se encontram devem ser considerados livres: pois na realidade o são, pelo mesmo direito que faz com que eu mesmo seja” (TODOROV, 2010:235).

Todorov (2010:236) observa que essa afirmação da igualdade dos homens se faz em nome de uma religião particular, o cristianismo, cujo perigo é revelado na citação que Las Casas fez do texto de São Crisóstomo, em Valladolid, segundo o qual,

assim como não há nenhuma diferença natural na criação dos homens, tampouco há diferença no apelo para salvar todos eles, sejam bárbaros ou sábios, pois a graça divina pode corrigir o espírito dos bárbaros de modo que tenham um entendimento razoável.

Assim a identidade biológica passa a acarretar a possibilidade de uma espécie de identidade cultural entre índios e colonizadores (TODOROV,2010), demonstrando a perspectiva evolucionista na tese de Las Casas.

Esse igualitarismo proposto por Las Casas é visto por Todorov (2010:243) como uma forma de preconceito, gerador de “um obstáculo ainda maior” ao reconhecimento da alteridade dos índios: concebê-los como iguais pelo seu potencial de cristianização, significaria “identificar, pura e simplesmente, o outro a seu próprio ‘ideal do eu’.

As distinções naturais ou fáticas estão presentes também na doutrina política inglesa do século XVII, quando John Locke (1632-1704), as relaciona com o direito territorial, legitimando as conseqüências da intervenção nesse estado original em defesa da propriedade individualizada e protegida, afirmando que o

índio selvagem [...] que não conhece o cercamento, sendo ainda arrendatário comum”, sendo o índio americano pobre “por não desenvolver” a terra com seu trabalho. Como o trabalho e o desenvolvimento constituíam o direito à

propriedade, tanto mais fácil quanto legítimo para os europeus seria despojarem os índios de seus campos de caça. Essa filosofia ganhava contornos religiosos quando os colonos puritanos interpretavam moralmente a sua apropriação das terras indígenas, referindo-se aos desígnios de Deus, no Gênesis 1,28, para “povoar a terra e sujeitá-la (THOMPSON, 1998:134).

Portanto, via-se no “índio selvagem” uma submissão cultural degradante a um modo de vida picaresco, desconexo ou vadio. Assim, o direito à terra podia se fundamentar na ideia de “descoberta” como oposição a ideia de invenção, associada a expressão *vacuum domicilium* (THOMPSON, 1998:135), ou também *terra nullius*, que significa “terra sem dono”, comumente chamado de “terra de ninguém”, que se vincula a doutrina segundo a qual os países colonizadores ganharam o título das terras das colônias americanas em virtude de serem as primeiras nações “civilizada” a reclamá-las.

Observa-se, conseqüentemente, que tanto a igualdade biológica dos colonizadores com os indígenas, como a desigualdade, produziram reflexos diretos na relação que os Estados ibéricos estabeleceram com esses povos, principalmente no que se refere à pilhagem das riquezas naturais e do espaço geográfico, que não possuíam as delimitações político-administrativas que vieram a ser impostas.

De tal modo, esse debate doutrinário ganha justificação jurídica na concretização da relação de submissão que decorreria de ambas as concepções, como ficou emblemático no instituto do *Requerimiento*, criado pelo jurista real Palacios Rubios, em 1514, para regulamentar as conquistas territoriais, até então um pouco caóticas (TODOROV, 2010).

Para Todorov (2010), o *Requerimiento*, criado sob o pretexto da coroa impedir as guerras injustificadas e dar certos direitos aos índios, estabeleceu um procedimento para a conquista de uma região, segundo o qual, seria preciso dirigir-se a seus habitantes, fazendo-lhes a leitura do texto, que relatava uma breve história da humanidade, cujo ponto culminante é o aparecimento de Jesus Cristo, declarado “chefe da linhagem humana”, espécie de soberano supremo, que tem o universo inteiro sob sua jurisdição.

A partir do estabelecimento desse ponto de partida, as coisas teriam se encadeado naturalmente, ou seja, Jesus transmitiu seu poder a São Pedro, e este aos papas que o sucederam; um dos últimos papas doou o continente americano aos espanhóis (e parte aos portugueses). Assim, colocadas as razões jurídicas da dominação espanhola, seria necessário apenas certificar-se de uma única coisa: que os índios serão informados (mesmo sem nenhum intérprete) da

situação, pois é possível que ignorem esses presentes sucessivos trocados por papas e imperadores (TODOROV, 2010).<sup>4</sup>

Essa imposição não se dava amistosamente, basta observar o relato de Pedro de Valdívia ao Rei da Espanha, sobre os Aruaque, habitantes do Chile, que não quiseram submeter-se e sofreram a declaração de guerra e a conseqüente punição: “Mande cortar as mãos e os narizes de duzentos deles para puni-los por insubordinação, já que várias vezes tinham enviado a eles mensagens e lhes transmitido as ordens de Vossa Majestade” (TODOROV, 2010:214).

Nesse cenário colonial, observa-se que ao menos na América espanhola, a doutrina igualitarista de Las Casas se sobrepôs na maioria dos documentos oficiais e nos marcos legais, em que havia a alegação de defesa dos direitos dos índios, e a proclamação de que eles não poderiam, em hipótese alguma, ser escravizados, como exemplifica Todorov (2010) citando a ordem de Carlos V (1530) e as *Leyes Nuevas* (1542).

Entretanto, seja na América espanhola, seja na portuguesa, a igualdade biológica e a diferença religiosa, ambas justificaram a ação colonizadora sobre as comunidades indígenas e o apossamento de seus espaços, seja desterritorializando os povos que identificavam o domínio sobre determinada área, seja obrigando-os a estabelecer espaços de resistência para sobreviver ao julgo colonizador ou invisibilizando suas identidades.

### 2.3. AS “GUERRAS JUSTAS” PELA (DES)TERRITORIALIZAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS: DOCTRINA DA VIOLÊNCIA PARA A OBEDIÊNCIA ATRAVÉS DOS INSTITUTOS DO *REQUERIMIENTO*, *ALDEAMENTO E DESCIMENTO*

Em simetria a América espanhola, Dom João III, Rei de Portugal, preocupado com o domínio territorial do Brasil, outorga a Tomé de Souza, o **Regimento de 17 de dezembro de 1548**, com diretrizes de como deveria ser estabelecida a relação com os povos indígenas, denominados de “gentios”, deixando expressa a usurpação do território ocupado pelas *nações* que resistirem às pretensões portuguesas.

---

<sup>4</sup> Observa-se que há uma semelhança entre os institutos do Requerimiento espanhol, dos cercamentos ingleses e do registro público imobiliário alemão, copiado pelo Brasil, nos quais se tenta criar um marco zero temporal, com fundamento teológico, para justificar a espoliação de direitos coletivos e a privatização das terras.

Observa-se a implementação de uma doutrina da violência para a obediência, valorizando os “gentios” que se submeteram ao julgo português e declarando guerra “justa” aos que se opuseram a esse domínio, conforme trecho do documento abaixo transcrito:

“sou informado que no ano de quarenta e cinco, estando Francisco Pereira Coutinho por Capitão da Bahia, alguma gente lhe fez guerra e o lançou da terra e destruiu as fazendas e fez outros muitos danos aos Cristãos, de que outros tomaram exemplo e fizeram o semelhante em outras Capitanias, e que alguns outros gentios da dita Bahia não consentiram, nem foram no dito levantamento, antes estiveram sempre de paz, e estão ora em companhia dos Cristãos e os ajudam, e que assim estes que aí estão de paz, como todas as outras nações da costa do Brasil, estão esperando, para ver o castigo que se dá aos que primeiro fizeram os ditos danos” (PORTUGAL, 1548:2).

Sendo expressa a missão de desterritorialização dos povos indígenas quando orienta que os “gentios” Tupinambá que se levantarem contra os cristãos portugueses

e lhes fizeram muitos danos, e que ora estão ainda levantados e fazem guerra, e que será muito serviço de Deus e meu serem lançados fora dessa terra, para se poder povoar, assim dos Cristãos, como dos gentios da linhagem dos Tupiniquins, que dizem que é gente pacífica (PORTUGAL, 1548:4).

A mesma orientação se repete quando o Regimento se refere aos índios Peraçuí, Totuapara:

Com os gentios das terras Peraçuí, e de Totuapara, e com quaisquer outras nações de gentios que houver na dita Capitania da Bahia, assentareis paz e trabalhareis por que se conserve ou sustente, para que nas terras que habitam, possam seguramente estar Cristãos e aproveitá-las; e quando suceder algum levantamento, acudireis a isso e trabalhareis por as pacificar, tudo o melhor que puderdes, castigando os culpados (PORTUGAL, 1548:4).

Segundo Perdigoão Malheiro (1867), os índios continuavam a ser, pelos colonos, “aleivosamente assaltados e escravizados”, citando a carta dirigida ao Rei pelo Ouvidor Geral Pedro Borges em 7 de Fevereiro de 1550. Os povos indígenas eram instigados a rivalizarem entre si, em guerras provocadas pelos colonizadores, conforme carta de 5 de Julho de 1559, em que

Padre Manoel da Nóbrega denuncia ao Governador Tomé de Souza, que em toda a costa se tem geralmente por grandes e pequenos que é grande serviço de Deus fazer aos gentios que se comam, e se travem uns com os outros; e nisso dizem consistir o bem e segurança da terra; e isto aprovam Capitães e prelados, edesiásticos e seculares” (MALHEIRO, 1867:32).

A política territorial imposta aos indígenas se completa com o instituto do *Aldeamento*, prevista no Regimento em relação aos “gentios” que se converterem ao cristianismo e colaborarem com os portugueses, sendo, conforme Perrone-Moisés (1992:120), a própria “realização do projeto colonial, pois garante a conversão, a ocupação do território, sua defesa e uma constante reserva de mão-de-obra para o desenvolvimento econômico da colônia”.

Os aldeamentos eram complementados com as expedições de *Descimento*, dirigidas aos “sertões” com o objetivo de coagir aldeias inteiras a deixarem seus territórios e fixarem-se próximas às povoações portuguesas no litoral. Procurava-se convencer tais índios de que seria de seu interesse aldear-se junto aos portugueses, para sua própria proteção e bem estar. O procedimento incluía a celebração de pactos garantindo-se aos índios a liberdade nas aldeias, a posse de suas terras, os bons tratos e o trabalho remunerado. Muitos descimentos consistiram na prática em apresamentos para escravização ilegal de indígenas aliados dos portugueses e não praticantes da antropofagia (PERRONE- MOISÉS, 1992).

Assim, diante das “garantias” oferecidas aos índios aldeados, bem como em meio às discussões sobre a escravização indígena e a preservação de sua liberdade como uma estratégia para garantir e assegurar o domínio ilimitado de toda a colônia, Filipe III promulgou a **Carta Régia de 30 de julho de 1609** (SILVEIRA, 2009), cujo conteúdo assegurava uma série de direitos aos indígenas, dentre eles, o direito territorial, declarando que “todos os gentios d’aquela parte do Brazil por livre, conforme o Direito”:

"Eu EL-REI Faço saber aos que esta Lei virem, que, sendo o Senhor Rei Dom Sebastião, meu Primo, que Deus tem, informado dos modos illicitos com que nas partes do Brazil se captivavam os gentios, e dos grandes inconvenientes que disso resultavam, defendeu por uma Lei, que fez em Evora a 20 de março de 1570, os ditos modos illicitos, e mandou que, por modo, nem maneira alguma, os podessem captivar, salvo aquelles, que fossem tomados em justa guerra, que se fizesse com sua licença, ou do Governador das ditas partes; e os que salteassem os portuguezes e a outros gentios, para os comerem; - com declaração, que as pessoas, que pelas ditas maneiras os captivassem, dentro de dous mezes primeiros seguintes, os fizessem escrever nos livros das Prevedorias das ditas partes, para se poder saber quaes eram os que licitamente foram captivos; e não os fazendo escrever dentro no tempo dos ditos dous mezes, perdessem a acção de os terem por captivos, e os gentios ficassem livres, e todos os mais, que por qualquer modo se captivassem.

[...]

E para se atalharem os grandes excessos, que poderá haver, se o dito captiveiro em algum caso se permitir, para de todo se cerrar a porta a isto, com o parecer dos do meu Conselho, mandei fazer esta Lei, pela qual declaro todos os gentios daquellas partes do Brazil por livres, conforme a Direito, e seu nascimento natural, assim os que já forem baptizados, e reduzidos á nossa Santa Fé Catholica, como os que ainda viverem como gentios, conforme a seus ritos, e ceremonias; os quaes todos serão tratados, e havidos por pessoas livres, como são; e não serão constrangidos a serviço, nem a cousa alguma, contra sua livre vontade; e as pessoas, que delles se servirem nas suas fazendas, lhes pagarão seu trabalho, assim, e de maneira, que são obrigados a pagar a todas as mais pessoas livres, de que se servem.

[...]

Hei por bem, que os Religiosos da Companhia de Jesus, que ora estão nas ditas partes, ou ao diante a ellas forem, possam ir ao Sertão, pelos muitos

conhecimentos e exercicio, que desta materia tem, e pelo credito, e confiança, que os gentios delles fazem, para os domesticarem, e assegurarem em sua liberdade, e os encaminhaem no que convém ao mesmo gentio, assim nas cousas de sua salvação, como na vivenda commua, e commercio com os mercadores daquellas partes.

Hei por bem, que os ditos gentios sejam senhores das suas fazendas, nas povoações em que morarem, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer molestia, nem injustiça alguma.” (SILVA, 1854:271-3).

Portanto, os ilegalmente escravizados deveriam ser libertados e mandados de volta para as suas terras, sendo declarados, os índios, como “senhores nas suas fazendas, nas povoações em que morarem, como o são na serra”, terras essas que não lhes poderiam ser tomadas. Era permitido também, “com liberdade e segurança, morar e comerciar com os moradores das Capitánias” (SILVA, 1854:271).

No **Alvará de 01 de Abril 1680**, a Coroa Portuguesa voltou a declarar expressamente que os índios eram senhores de seus domínios e os desaldeados seriam agraciados com lugares convenientes para lavrarem e cultivarem, numa clara ideia de assimilação do índio com a sociedade não-índia de maneira pacífica e livre. Portanto, mesmo com a concessão das sesmarias, os direitos dos índios sobre suas terras estariam garantidos, independente de qualquer tributação.

E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mãos, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, se, lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descenderem 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 delas (PORTUGAL, 1680:56).

Entretanto, embora a Coroa Portuguesa demonstrasse certa prodigalidade na edição de atos protetores do direito indígena, na prática, tais direitos não foram efetivados, principalmente porque durante o século XVII se deu o auge da lucratividade com o trabalho escravo, desde o tráfico até a sua adequação ao modelo de latifúndio monocultor, sendo os indígenas muito mais úteis no povoamento e controle territorial, do que como antagonistas na exploração do país.

Houve um desencadeamento lógico com a possibilidade prevista na **Lei de 10 de Março de 1570**, de escravizar os índios quando “tomados em guerra justa autorizada pelo rei ou governadores, ou nas correrias matutinas em que assaltavam e roubavam as habitações, assassinando seus habitantes, ou quando matassem os inimigos para comer” (TOURINHO NETO

apud VILLARES, 2009:99-100), com a edição da **Carta Régia de 02 de Dezembro 1808**, Dom João VI, que declarou devolutas as terras conquistadas aos índios contra quem havia sido declarada guerra justa (CARNEIRO DA CUNHA, 1992).

A **Carta Régia de 26 de Março 1819** inova ao declarar a nulidade de terras de sesmarias demarcadas sobre o domínio da Aldeia de Valenças dos indígenas Coroados, segundo as quais as terras das aldeias eram inalienáveis e nulas as concessões de sesmarias que pudessem ter sido feitas nessas terras, que não podiam ser consideradas devolutas (VILLARES, 2009).

Com isso, observa-se que a legislação do período, através dos institutos do *Requerimiento*, *Aldeamento* e *Descimento*, demonstravam claramente o objetivo da ocupação territorial do país, eliminando qualquer possibilidade de reconhecimento de espaço territorial indígena além do consentido, de aldeias e vilas, sob o controle de jesuítas, que davam proteção aos que aceitassem a assimilação dos valores cristãos e a colaborassem com o sistema produtivo colonial.

#### 2.4.A INDEPENDÊNCIA DO BRASIL E AS BASES DA POLÍTICA INDIGENISTA PRATICADA DURANTE O SÉCULO XVIII E XIX: AVANÇO DA ASSIMILAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

Foi no período classificado como colonial que se estabeleceu as bases da política indigenista que seria praticada durante o século XVIII e XIX no Brasil, a partir da absorção da doutrina de Las Casas, em que os povos indígenas eram considerados biologicamente iguais aos colonizadores, havendo a necessidade de conversão dos mesmos ao cristianismo católico e em sujeitos individuais, absorvendo os valores impostos, sob pena de sofrerem declaração de guerra.

Observa-se que, em 1822, o Brasil tornou-se independente como um país agrário e com uma economia baseada na monocultura latifundiária e escravocrata, com uma população concentrada no litoral, composta por cerca de 5 milhões de pessoas, dentre as quais havia aproximadamente 800 mil índios e mais de um milhão de escravos (CARVALHO, 2004).

Houve uma evidente distinção entre o processo de independência brasileiro e dos outros países da América Latina, marcados por processos de lutas populares de libertação nacional, envolvendo conflitos violentos e a instauração de regimes republicanos, que já compunham o ideário desses movimentos.

A independência do Brasil decorreu da insatisfação da classe dominante colonial contra as tentativas de recolonização da metrópole lusitana, que em decorrência do grande endividamento, aumenta os tributos dos proprietários de terras e de escravos (ALENCAR, CARPI e RIBEIRO, 1996). A maior demonstração de que não havia nenhum ideário republicano ou qualquer pretensão de mudanças mais profundas na estrutura da sociedade colonial, foi a manutenção da mesma dinastia que governara o país nos tempos de Colônia: os Bragança.

O regime jurídico estabelecido nesse período inicial do Estado brasileiro, com a Constituição do Império, revela o compromisso entre o liberalismo conservador e o semi-absolutismo. Sob a influência da Constituição francesa de 1814, outorgada por Luís XVIII no contexto da Restauração, a Carta brasileira de 1824 traz um amplo elenco de direitos individuais (art.179), com um elitismo conservador, que se observa na adoção de um modelo censitário de direitos políticos (art.92 a 96) (NETO & SARMENTO, 2013).

Quanto aos índios, apenas nos trabalhos preparatórios à Constituinte de 1822, a questão indígena voltou a atrair a atenção dos círculos políticos, a ponto de cinco projetos sobre a temática serem enviados às Cortes Gerais Portuguesas. Dentre tais projetos, o destaque foi para os “Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil”, apresentados por José Bonifácio de Andrada e Silva, em 1º de junho de 1823 (MOREIRA NETO apud LACERDA, 2007).

Em sua proposta, formada por 43 itens, Andrada e Silva trata do “modo de catequizar e aldear os índios bravos do Brazil”, que são considerados “vagabundos”, beligerantes, dados ao “roubo” e a preguiça, uma vez que “não possuem freio religioso e civil” (LACERDA, 2007). Os meios propostos por Andrada e Silva são de não mais esbulhar os indígenas, mas de comprar as suas terras, como fizeram os Estado Unidos da América; pregar a fé cristã a partir das maneiras e trejeitos próprios dos índios; estabelecer relações comerciais; admoestá-los a praticar a antropofagia; estimular o matrimônio entre “índios e brancos e mulatos” e impedi-los, ao menos temporariamente, de comprar suas terras (LACERDA, 2007).

Cameiro da Cunha (1992) afirma que, se tivesse sido aplicado esse projeto, apresentado por José Bonifácio às cortes portuguesas e na Constituinte de 1823 onde foi muito aplaudido, teria se assistido a um etnocídio generalizado.

Assim, embora a constituinte brasileira de 1823 tenha mencionado no Título XIII, art. 254 que “a assembleia terá igualmente cuidado de crear Estabelecimentos para a Cathechese e

civilização dos índios”, a **Constituição de 1824**, não fez menção alguma a índios. (VILLARES, 2009:101)

A referência legal no período foi a edição da **Lei de 27 de outubro de 1831**, que revogou as Cartas Régias de 1808, nas quais D. João VI havia declarado “guerras justas” aos índios. Nos termos do art. 3.º da Lei de 1831, “os índios todos até aqui em servidão serão della desonerado” (BRASIL, 1831).

Em 1831, em meio à crise política e econômico-financeira, D. Pedro I abdica do trono e favor de seu filho Pedro II, então com cinco anos de idade, retornando a Portugal na tentativa de recuperar o trono daquele país, usurpado por seu irmão D. Miguel (ALENCAR, CARPI e RIBEIRO, 1996). Inicia-se o período da Regência (1831-1840), um dos mais conturbados da história nacional, marcado por inúmeros conflitos, movimentos separatistas e revoltas populares em todo o país, com a Cabanagem, a Sabinada, a Balaiada e a Guerra dos Farrapos.

Com o **Ato Adicional de 1834 (Lei nº16 de 12 de agosto de 1834)** foi incluída entre as modificações à Constituição do Império, a atribuição às Assembleias Legislativas Provinciais da competência cumulativa, com a Assembleia e o Governo Geral, de legislarem sobre catequese e civilização de indígenas. Tal alteração legal refletiu imediatamente na política indigenista com a aprovação de inúmeras legislações anti-indígenas (BRASIL, 1834)<sup>5</sup>. Portanto, é com esse Ato Adicional que pela primeira vez se faz menção em um texto constitucional brasileiro aos indígenas (CARNEIRO DA CUNHA, 1992).

Assim, como observa Carneiro da Cunha (1992) a legislação do Século XIX, até 1845, é flutuante, pontual e subsidiária de uma política de terras, já que a Lei de Terra é promulgada cinco anos depois. Contudo, em 24 de julho de 1845 é publicado o **Decreto nº 426**, único documento indigenista geral do Império, chamado de “**Regulamento acerca das Missões de Catequese e Civilização dos Índios**”, em que foram estabelecidas as diretrizes gerais da ação administrativa para os índios aldeados (BRASIL, 1845).

O Regulamento manteve o sistema de aldeamento e tornou explícita a política de assimilação completa dos índios e, de acordo com Lacerda (2007:65), estimulou o arrendamento

---

<sup>5</sup> Exemplos disso: no Ceará, a Assembleia Provincial extingue em 1835, duas vilas de índios, bem como diversas outras em 1839. Em Goiás, o presidente da província organiza em 1835 e 1836 uma série de expedições de ataques contra índios Canoeiros e Xerente, impondo a “paz” com a condição de expulsão de seus territórios ou a morte e escravização (CARNEIRO DA CUNHA, 1992).

e o aforamento de suas terras, em contratos firmados pelos Diretores-Gerais, sem que os índios tivessem direito a qualquer tipo de consulta.

Com isso, além da grave previsão de o Governo Imperial vir a se desfazer das terras das antigas aldeias, das quais as comunidades indígenas fossem removidas para a formação dos aldeamentos (art.1º, §4º) controlados pelo Estado (BRASIL, 1845), conclui Lacerda (2007:65) que

muitos povos indígena chegaram ao fim no Século XIX com enormes perdas territoriais, e em meio a conflitos possessórios que atravessaram o Século XX, alguns dos quais chegando aos dias de hoje. O esbulho territorial, a presença constante de não-indígenas nos aldeamentos, a miscigenação estimulada desde o Diretório Pombalino, e processo de mudança cultural vivido pelos índios, contribuíram para o golpe final contra a existência de muitos povos, sobretudo no Nordeste e Sudeste: a extinção dos aldeamentos.

#### 2.5.A LEI Nº 601 (1850): A MERCANTILIZAÇÃO DA TERRA E A LEGALIZAÇÃO DAS EXPROPRIAÇÕES DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS

No século XIX, o Império ainda estava expandindo suas fronteiras, com o objetivo de aumentar os espaços transitáveis e apropriáveis, contudo, tinha de equacionar a existência de uma população de libertos (negros, índios e brancos pobres), que resistiam à margem das grandes propriedades (CARNEIRO DA CUNHA, 2012). Assim, os conflitos da ocupação territorial do Brasil, remontam a essa nova organização social, com advento do trabalhador livre, ao menos em tese, já que não é por mero acaso que a Lei de Terras e a Lei Eusébio de Queiróz, que extinguiu o tráfico negreiro, são ambas do mesmo ano: 1850 (VIEGAS, 2004).

Assim, a **Lei de Terras, Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850**<sup>6</sup> (BRASIL, 1850), traz uma série de novos conceitos, dispondo, de acordo com sua própria ementa,

sobre terras devolutas do Império, e acerca das possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais, bem como por simples título de posse, mansa e pacífica; e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam ellas cedidas a título oneroso assim para empresas particulares, como para estabelecimento de colônias de nacionais, e de estrangeiros, autorizado o governo a promover a colonização estrangeira na forma que se declara.

---

<sup>6</sup> Vide página 171.

Para este estudo é relevante constatar que a Lei de Terras mencionou como um dos objetivos a regularização de posses reconhecidas. Assim em seu art.14, autorizou o governo a vender as terras devolutas em hasta pública, ou fora dela, como e quando julgasse mais conveniente, fazendo previamente a medição, divisão, demarcação e descrição da porção das mesmas terras que fossem dispostas à venda (RIBEIRO DA SILVA, 2001).

A interpretação dada a este dispositivo foi de que ele reconhecia como devolutas as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, bem como as dos aldeamentos extintos, permitindo a transferência de domínio das oligarquias locais através do reconhecimento da posse.

De fato, a Lei de Terras reafirmou a conveniência de se assentarem “hordas selvagens”. Com efeito, menciona que para o seu aldeamento serão reservadas áreas dentre as terras devolutas, que serão inalienáveis e destinadas a seu usufruto. Nesse mesmo sentido, o Decreto nº 1.318, de 30.01.1854 (BRASIL,1854), regulamentava a Lei 601, de 18.09.1850, trazendo a mesma possibilidade de confinamento dos índios nos aldeamentos:

Art.72. Serão reservadas terras devolutas para colonização, e aldeamento de indígenas nos districtos, onde existirem hordas selvagens.

Tal dispositivo revela que a condição de indígena ainda é vista como transitória, numa perspectiva evolucionista, como se confirma no art.75 do **Decreto n.º 1.319 de 30 de janeiro de 1854**, segundo o qual as terras dos aldeamentos eram destinadas ao usufruto do índio e inalienáveis, até o Governo Imperial lhes dar a propriedade individual, quando os índios fossem considerados como integrados ou aculturados. (VILLARES, 2009)

Com isso, observa Carneiro da Cunha (1992:145), que a Lei de Terras inaugura uma política agressiva em relação às terras das aldeias, com a **Decisão n.º 92 de 21 de outubro de 1850** do Ministério dos Negócios do Império, que mandava incorporar aos “Próprios Nacionais” às terras dos índios que já não viviam aldeados, “mas sim dispersos e confundidos na massa da população civilizada”<sup>7</sup>. A partir daí, diversas Províncias extinguiram seus aldeamentos, fazendo parecer às oligarquias da época que o “problema” indígena estava “resolvido” (LACERDA, 2007:65), que passa a disputa o domínio sobre essas terras.

Entretanto, o citado art.75 do Decreto n.º 1.319 de 1854 e art. 1º, parágrafo 15, do Decreto nº426 (Regulamento acerca das Missões de Catequese e Civilização dos Índios) estabeleciam que

---

<sup>7</sup> Carneiro da Cunha (1992:145) observa como o Império utiliza os critérios de existência de população não-indígena nas aldeias e da aparente assimilação para espoliar o direito territorial dos índios, depois de passar um século estimulando o estabelecimento de estranhos próximo ou mesmo dentro das terras das aldeias.

essas terras deveriam ser dadas em plena propriedade aos índios, como foi o entendimento inicialmente dado.<sup>8</sup>

É o que se observa na leitura do art.3º da Lei de Terras que definia o que seriam as terras devolutas, não qualificando assim nem as dos aldeamentos extintos, nem as ocupadas pelas “hordas selvagens”:

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso 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 commisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei (BRASIL, 1850).

Já em 1912, João Mendes Junior (1912:60), em *Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos*, inaugurava o instituto do *indigenato* com a exclusão da qualificação de devolutas às terras indígenas, afirmando 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, originalmente reservadas de devolução, nos expressos termos do Alvará de 01.04.1680, que as reservas até na concessão das sesmarias, não há (neste caso) posse a legitimar, há domínio a reconhecer.

Como defende Caetano (1977:418), desenvolvendo a tese de João Mendes Junior, somente integram o domínio público os bens indisponíveis, as terras vagas ou devolutas, isto é, aquelas que não tendo dono, não sejam objeto de posse legítima nem se acham applicadas a algum uso público, uma vez que o seu destino é serem alienadas. É esse o entendimento de Villares (2009), segundo o qual há uma indicação clara de que as terras indígenas não seriam terras devolutas, seja porque elas têm um uso público, seja porque são consideradas de posse ou domínio particular dos índios.

Tourinho Neto (1993), compartilhando do mesmo entendimento, remonta ao Alvará Régio de 1680, não revogado a época, segundo o qual os índios eram donos das terras, as terras que foram concedidas, as sesmarias, nem perdidas pela guerra não poderiam ser consideradas

---

<sup>8</sup> Em 1855 se declara que as terras da aldeia cearense de Mecejana, extinta cinco anos antes, pertenciam aos índios, que na qualidade de descendentes daqueles para quem se havia feita a concessão de terra primitivamente (CARNEIRO DA CUNHA, 1992: 145).

devolutas, uma vez que estavam sob domínio dos índios, por título congênito, que independia de legitimação.

Portanto, em verdade, quando o art. 12, da Lei de Terras possibilita que sejam reservadas terras das devolutas para colonização dos indígenas, ele permite entender que os aldeamentos artificialmente criados estavam no mesmo lugar das ocupações tradicionais, e que podiam ser acrescidas de outras áreas devolutas, caso necessário.<sup>9</sup>

Todavia, não é esse o entendimento que vem a prevalecer nos anos seguintes à promulgação da Lei n.º 601/1850, em que os indígenas são postos à margem da disputa sobre suas terras, estabelecida entre as oligarquias representadas nos municípios, províncias e Império.

Embora durante algum tempo se tenha convencionado que as terras devolutas (inclusos os territórios indígenas) eram do Império (Aviso 160 de 21/7/1856, Aviso 131 de 7/12/1858) a partir de 1875, as Câmaras Municipais passam a poder vender aos foreiros as terras das aldeias extintas, e “usá-las, para fundações de vilas, povoações, ou mesmo logradouros públicos, conforme Decreto 2672 de 20/10/1875. Em 1887, as terras das aldeias extintas reverterem ao domínio das províncias e as Câmaras Municipais passam a poder aforá-las”<sup>10</sup> (CARNEIRO DA CUNHA, 1992:146).

## 2.6.A REPÚBLICA: DA POLÍTICA DE INVISIBILIZAÇÃO À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO INDIGENATO COMO EFEITO DA ANCESTRALIDADE DA POSSE INDÍGENA

Em novembro de 1889 ocorre o colapso da Monarquia nacional, consequência do aprofundamento da crise decorrente das chamadas “questão religiosa” e “questão militar” que tornaram a Monarquia objeto de crítica pela Igreja, pelos proprietários de terras e ex-proprietários de escravos, além de boa parte da população urbana, onde se concentrava a elite intelectual e política do país (ALENCAR, CARPI e RIBEIRO, 1996).

---

<sup>9</sup> Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos; 3º, para a construção naval.

<sup>10</sup> Lei 3348 de 20/10/1887, art. 8, §3º; 12/12/1887 e 4/4/1888.

Conseqüentemente, a República é proclamada por um grupo de militares, sob a chefia de Deodoro da Fonseca, tendo o povo apenas como mero expectador atônito dos acontecimentos de novembro de 1889. O Imperador e a família real são exilados, partindo imediatamente para a França.

Não houve conflito armado na instauração do novo regime, cuja formalização se deu por meio do Decreto nº1, que instituiu o governo provisório, chefiado pelo próprio Deodoro, e composto tanto por militares – Benjamim Constant e Eduardo Wandenkolk -, como por civis – Ruy Barbosa, Quintino Bocaiúva e Aristides Lobo. (ALENCAR, CARPI e RIBEIRO, 1996).

É dado início a primeira constituinte republicana, quando é apresentado um projeto sobre os povos indígena, pelo influente Apostolado Positivista (1890), que previa em seu artigo 1º a participação dos índios na composição dos dois tipos de Estados Confederados, que formariam os Estados Unidos do Brasil. Os indígenas “miscigenados” com o europeu e o africano integrariam os chamados “Estados Ocidentais Brasileiros”. De outro lado, as “Hordas Fetichistas” comporiam os “Estados Americanos Brasileiros”, participantes do pacto federativo através de relações amistosas, em troca de proteção pelo Governo Federal. No projeto, os Estados gozariam de autonomia territorial (CARNEIRO DA CUNHA apud LACERDA, 2007:69).

Entretanto, nenhum direito territorial indígena foi incorporado no texto da **Constituição de 1891**, que importou dos Estados Unidos as instituições e os valores do liberalismo, para uma sociedade que nada tinha de liberal: o exemplo acabado do “idealismo na Constituição” (NETO & SARMENTO, 2012).

Previu garantia à propriedade “em toda a sua plenitude” (§17 do artigo 70), além da concessão de direitos políticos para os considerados cidadãos brasileiros maiores de 21 anos, dos quais se excluía os analfabetos, os mendigos, os praças militares e os integrantes de ordens religiosas que impuseram renúncia à liberdade individual (art.70). Quanto aos direitos individuais no art. 72, foram previstas as liberdades públicas, como as de religião, de expressão, de associação, de reunião, de locomoção e profissional (BRASIL,1891).

Em suma, trata-se de uma Constituição teoricamente liberal, bastante comprometida, no seu texto, com o Estado de Direito. Na prática, porém, a vida constitucional na República Velha esteve muito distante do liberalismo, marcada pelo coronelismo, pela fraude eleitoral e pelo arbítrio dos governos (NETO & SARMENTO, 2012), não tratando em nenhum momento dos

direitos territoriais indígenas, embora indiretamente tenha os afetado quando determinou a transferência para os Estado das terras devolutas.

Em 20 de junho de 1910, através do **Decreto nº 8.072**, é criado o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPILT (BRASIL, 1910), o primeiro aparelho de poder governamentalizado, instituído para gerir a relação entre os povos indígenas, distintos grupos sociais e demais aparelhos de poder (LIMA, 1992). Gestado sob influência positivista<sup>11</sup> e presidido pelo então tenente-coronel Cândido Mariano Rondon, o órgão surgia vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio – MAIC<sup>12</sup>.

As finalidades, previstas no Regulamento anexo ao Decreto de criação (BRASIL, 1910), eram a prestação de assistência aos índios que vivessem “aldeados, reunidos em tribos, em estado nômade ou promiscuamente com civilizados”, bem como a criação de centros agrícolas onde deveriam ser localizados os trabalhadores não estrangeiros (art.1º, “a” e “b”).

Outro objetivo importante do SPILT naquele contexto de expansão das fronteiras agrícolas no início século XX era a promoção da “mudança de certas tribos” quando fosse “conveniente”, como se observa no art.2º, 13 do Regulamento (LACERDA, 2007), e transformar os índios em pequenos produtores rurais, capazes de se auto-sustentarem (LIMA, 1992).

Embora essa idéia de transitoriedade do índio estivesse ainda profundamente arraigada na prática do órgão e no esquema mental de seus membros, oficialmente essa perspectiva é abandonada como suporte do exercício do poder do Estado sobre os índios. Há na criação e na atuação do SPILT o estabelecimento de inovações trazida com a constituição de um regime jurídico especial, materializadas no **Código Civil de 1916** e na **Lei 5.484 de 27 de junho de 1928** com a *tutela indígena*.

Ou seja, o SPILT e o sistema legal que se consolida entre 1910 a 1928 contribuiu para a criação de significados e a tentativa de construção de uma comunidade política representada

---

<sup>11</sup> O tenente-coronel Cândido Rondon organiza criado o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais com colaboração dos membros do Apostolado Positivista do Brasil.

<sup>12</sup> Muito se tem discutido a respeito dos fatos que teriam redundado na criação do SPI. A mais famosa dessas versões considera ter sido criado o Serviço como uma resposta imediata a um polêmico artigo do Diretor do Museu Paulista, Hermann Von Ihering, defensor da expansão econômica e do consequente extermínio de índios. Vários autores, tais como Darcy Ribeiro (1962) e José Mauro Gangliardi (1989) a utilizam como ponto de partida. No artigo de 1907, Von Ihering afirmava que os índios de São Paulo “não representavam um elemento de trabalho e de progresso”. Tal juízo poderia ser estendido aos índios de outros Estados do Brasil: “não se podia esperar trabalho sério e continuado dos índios civilizados e, como os Kaingang selvagens, não passavam de um empecilho para a civilização das regiões do sertão onde habitavam, não haveria outro meio de que se pudesse lançar mão, a não ser o seu extermínio” (MELO, 2009:41).

como nacional, na perspectiva de um sistema classificatório previamente dado a partir de concepções evolucionistas, propagada na Escola Militar da Praia Vermelha, local de formação de Rondon<sup>13</sup> (LEIRNER, 1996).

Neste momento histórico o Estado passa a exercer sobre populações e territórios um poder que busca assegurar o monopólio dos procedimentos de definição e controle sobre as populações indígenas. Para tanto, se utiliza de instrumentos jurídicos com a formulação de um código acerca das populações indígenas e a implantação de uma malha administrativa instituidora de um governo dos índios (LIMA, 1992).

Lima (1992:163) observa que o exercício do “poder tutelar” sobre os índios possui características específicas que não devem ser confundidas com outras formas de poder dirigidas a essas populações, para ele

é concebido como uma forma reelaborada – com continuidades lógicas e históricas – da ‘guerra de conquista’. Assim, a “conquista” é considerado um empreendimento com distintas dimensões: fixação dos conquistadores nas terras conquistadas, redefinição das unidades sociais conquistadas, promoção de fissões e alianças no âmbito das populações conquistadas, objetivos econômicos e empresa cognitiva.

Vale registrar que quando da elaboração do Código Civil, o projeto de Beviláqua (1859-1944) não continha qualquer referência dos índios. Assim, em seu estudo sobre “Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista”, de 1896, Clóvis Beviláqua concluiu que os índios possuíam formas próprias de organização social e de instituições jurídicas, vendo a necessidade de um “entendimento” entre estes dois universos jurídicos, a lei estatal e o direito indígena (SOUZA FILHO, 2012:100).

Seguindo sua tramitação, projeto do Código passa pela Câmara sem qualquer proposta relativa aos índios. Ao chegar ao Senado, porém, a Emenda Moniz Freire propõe a inclusão da temática indígena através da sujeição, daqueles índios em processo de “adaptação”, a um regime

---

<sup>13</sup> Deve-se destacar disto a elaboração de um sistema classificatório previamente dado a partir de concepções evolucionistas, em muito escaldadas num tipo de positivismo que proliferava na época, especialmente na Escola Militar da Praia Vermelha, *locus* institucional originário de Rondon e de seus primeiros seguidores. Esse esquema orientou previamente a disposição do aparato em suas diversas ramificações, como mostra Souza Lima. A montagem deste corpo em dois planos relativamente estranhos entre si, SPI + LTN, e sua subordinação ao MAIC, não evidenciassem uma história (ou vicissitudes) em que emergem o conflito, a barganha, a necessidade de alianças, enfim, algo longe do esquema simplista que pensa de um lado um Estado, perfeito em suas acepções, de outro uma sociedade que reage quase que peristalticamente aos seus impulsos vitais. Seguindo a montagem deste corpo, o SPI+LTN enquadraria duas espécies de problemas nacionais que de certa maneira justificariam a sua existência: uma idéia de nação respaldada na constituição de um singular povo brasileiro e um problema geopolítico de fixação de fronteiras. (LIMA apud LEIRNER, 1996:241)

tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, tendentes a promover a sua incorporação à vida nacional (FARIAS, 2008:91), nos seguintes termos

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III. Os pródigos.

IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação. (BRASIL,1916)

O regime jurídico se conclui nessa etapa, doze anos depois, com a edição do **Decreto n.º 5.484, de 27 de junho de 1928**, que mantém a categorização dos indígenas no art.2º, aos moldes do que era previsto no Regulamento anexo ao Decreto de criação do SPILTN:

Art. 2º Para os efeitos da presente lei são classificados nas seguintes categorias os índios do Brasil:

1º, índios nomades;

2º, índios arranchados ou aldeados;

3º, índios pertencentes a povoações indígenas;

4º, índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados. (BRASIL,1928)

No que se refere ao direito territorial indígena, surge pela primeira vez no período republicano um regulamento das terras que seriam destinadas a esses povos (BRASIL,1928), divididas em dois capítulos, as terras do patrimônio nacional e terras pertencentes aos Estados, com as seguintes disposições

#### CAPITULO I

##### TERRAS DO PATRIMONIO NACIONAL

Art. 8º O Governo Federal providenciará no sentido de passarem para o Ministério da Agricultura, sem onus para este, as terras pertencentes ao Patrimonio Nacional, que forem julgadas necessárias ao Serviço de Proteção aos Índios.

Art. 9º Para a fundação de Povoações Indígenas, fica o Governo autorizado a permutar com particulares as terras do Patrimonio Nacional, que estiverem sem applicação, ou que puderem ser alienadas, a juízo do mesmo Governo.

#### CAPITULO II

##### TERRAS PERTENCENTES AOS ESTADOS

Art. 10. O Governo Federal promoverá a cessão gratuita para o dominio da União das terras devolutas pertencentes aos Estados, que se acharem occupadas pelos índios, bem como a das terras da extintas aldeias, que foram transferidas ás antigas Provincias pela lei de 20 de outubro de 1887.

§ 1º As terras cedidas serão delimitadas em zonas correspondentes á occupação legal já existente, sendo respeitada a posse dos índios, assim como o uso e gozo por elles das riquezas naturaes ahi encontradas.

§ 2º Respeitada essa posse, poderá o Governo Federal empregar as ditas terras para a fundação de povoações indígenas, ou qualquer outra forma de localização de índios.

Durante esse período os mecanismos legais de efetivação das ocupações tradicionais indígenas dependiam de solicitação caso a caso, pelo SPILTN aos Estados das áreas que julgassem necessárias para reservar a um grupo de indígenas, o que implicava uma maior margem de barganha política, inevitáveis alianças e conchavos regionalmente diferenciados (LIMA, 1992).

De acordo com Lima (1992), trata-se de uma abordagem dentro da ideia de um reconhecimento estratégico, geográfico, econômico e o estabelecimento de um esforço de desbravamento e vinculação interna do espaço adstrito pelos limites internacionais e constituir um *território* nacional que seja economicamente explorável.

Assim foi se dando o processo de “pacificação” dos índios pelo SPILTN, uma “estratégia de conquista”, realizada num “duplo movimento” de “conhecimento-apossamento” dos territórios desconhecidos e, ao mesmo tempo, de “transformação do *índio* em *trabalhador nacional*” (LIMA, 1992:161).

Com a **Constituição de 1934** é inaugurado o constitucionalismo social<sup>14</sup> no Brasil, que rompe com o modelo liberal anterior, e incorpora uma série de temas que não eram objeto de atenção nas constituições pretéritas, voltando-se à disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, da educação e da cultura, bem como normas de inspiração nacionalista, que ampliaram a intervenção do Estado sobre a economia, por meio de medidas como a nacionalização do subsolo, das águas, jazidas minerais e fontes energéticas (NETO & SARMENTO, 2013).

Quanto ao direito territorial indígena, a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar do tema ao reconhecer aos “silvícolas” o respeito a suas posses, bem como estabeleceu competência privativa da União para legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, como se observa nos dispositivos transcritos:

Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Art 5º - Compete privativamente à União:  
XIX - legislar sobre:

---

<sup>14</sup> O Constitucionalismo Social procurava conciliar respeito aos direitos individuais e a democracia com a promoção da igualdade material por meio de direito sociais e da intervenção do Estado na economia, a exemplo da Constituição alemã de Weimar de 1919 (NETO & SARMENTO 2013:115).

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (BRASIL,1934a)

A Constituição de 1934 resolveu definitivamente o debate quanto à qualidade de devoluta das terras indígenas, pois, nos termos da interpretação de Pontes de Miranda (1971: 450), “o constituinte havia atribuído aos indígenas o domínio coletivo das terras ocupadas, como emanção do ato-fato da posse em caráter permanente”<sup>15</sup>. Entretanto, foi curta a vida da Constituição de 1934, promulgada em julho de 1934, ela vigorou apenas até novembro de 1937, quando foi outorgada a Carta do Estado Novo.

Em 12 de Julho de 1934, é promulgado o **Decreto nº 24.700**, que transfere do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio para o da Guerra o Serviço de Proteção aos índios, que não faz menção a nenhum direito territorial, mas registra que “em grande parte as fronteiras do Brasil estão por enquanto habitadas apenas por índios, não tendo sobre elas o Governo Brasileiro inspeção contínua e sistemática”, além de considerar o índio um

elemento precioso pelas suas qualidades morais, robustês física e adaptabilidade ao clima, que convém aproveitar e educar pelos métodos próprios, chamando-o à nossa nacionalidade antes que os países limítrofes os chamem á sua (BRASIL,1934b).

Em 21 de março de 1936 (Decreto nº 702), o Getúlio Vargas declara comoção intestina grave, equiparada ao estado de guerra, pelo prazo de noventa dias e em todo o território nacional, com a finalidade de subverter as instituições políticas e sociais, suspendendo diversas garantias constitucionais, além de permitir prisões políticas, censura e perseguição de opositores (BRASIL,1936).

Nesse contexto, como passa a ser comum na história do Brasil, embora não seja uma exclusividade, o governo cria um ambiente de medo e ameaça externa (que à época era o assombro do comunismo) para justificar o rompimento da ordem constitucional. Ou seja, se estabelece um “círculo vicioso segundo o qual as medidas excepcionais, que se justificam como sendo para a defesa da constituição democrática, são aquelas que levam à sua ruína” (AGAMBEN, 2004:20).

Assim, em 30 de setembro de 1937, o General Góes Monteiro divulga um suposto plano comunista para tomada do poder, que ficou conhecido como Plano Cohen, que em verdade

---

<sup>15</sup> O ato-fato jurídico, conceito criado por Pontes de Miranda, consiste em um comportamento que, embora derive da atuação humana, é desprovido de vontade consciente em direção ao resultado que se pretende atingir. MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. V. 1, p. 113.

tratou-se de uma farsa, utilizada para levar o Congresso a aprovar a declaração do estado de guerra (NETO & SARMENTO, 2013).

Em 10 de novembro de 1937, tropas da Polícia Militar, com apoio do Exército, cercam o Congresso e impedem o ingresso de parlamentares nas suas instalações, sem qualquer resistência armada. Na mesma noite, Vargas divulga, em comunicação radiofônica, a “Proclamação ao Povo Brasileiro”, em que justifica a ruptura com a Constituição e a outorga da nova Carta: afirmando que as medidas seriam necessárias em razão da “profunda infiltração comunista” e da inaptidão da Constituição de 1934 para assegurar a paz, a segurança e o bem-estar da nação (NETO & SARMENTO, 2013).

Então, a **Constituição de 1937** é outorgada em 10 de novembro daquele ano, com texto de autoria de Francisco Campos, jurista de forte inclinação autoritária, que chagava às raias do fascismo (BRASIL, 1937)<sup>16</sup>. Esse autoritarismo foi a marca distintiva da Constituição, que, diferentemente da que a antecedeu, não fez concessões à democracia liberal, vivendo-se um estado de exceção e ditatorial.

A instauração da ditadura Vargas trouxe uma série de alterações à máquina burocrático-administrativa do Estado brasileiro, dentre as quais algumas se referem ao aparelho protecionista, havendo avanços no campo dos direitos sociais, que proporcionaram significativa melhora na qualidade de vida dos trabalhadores urbanos mais pobres, em comparação com os padrões oligárquicos e excludentes da República Velha (NETO & SARMENTO, 2013).

Quanto aos indígenas, publica-se o **Decreto-Lei nº 1.736**, de 3 de Novembro de 1939, que subordinou ao Ministério da Agricultura o SPIILTN, acentuando

que o problema da proteção aos índios se acha intimamente ligado à questão de colonização, pois se trata, num ponto de vista material, de orientar e interessar os indígenas no cultivo do solo, para que se tornem úteis ao país e possa colaborar com as populações civilizadas que se dedicam às atividades agrícolas (OLIVEIRA, 1947:171 apud LIMA, 1992:167-8).

Portanto, passa-se a enfatizar mais o aspecto do índio como trabalhador rural, consoante a alocação da Agência no Ministério da Agricultura e com a *Marcha para Oeste*<sup>17</sup>, motor da

---

<sup>16</sup> A Constituição de 1937 previu um modelo de Estado autoritário e corporativista. As suas principais influências foram a Constituição da Polônia de 1935 (ref.93), elaborada durante o governo do Marechal Pilsudsky – fato que valeu à Carta de 37 o apelido de “Polaca” -, e a Constituição portuguesa de 1933, que vigorou durante o Estado Novo português, de Salazar.

<sup>17</sup> “Em 1943, os nossos quarenta e tantos milhões de habitantes viviam praticamente na faixa litorânea. A Amazônia era um mundo remoto, e o Brasil Central, como dizia o jornalista Jorge Ferreira, parecia “mais distante que a

retórica estado-novista, com o objetivo de controlar o espaço geográfico definido para a nação que se pretendia forjar, a partir de limites internacionais, representações produzidas durante a Segunda Guerra Mundial, quando o controle geopolítico do território nacional ganhava relevo (LIMA, 1992).

Até este momento o padrão fundiário era de imposição de uma *territorialização* aos grupos indígenas, ocorrendo demarcações apenas de pequenas porções de terra em que grupos indígenas, resumidos muitas vezes à dimensão de famílias nucleares, que se fixaram em pequenos espaços, dos quais extraíam sua subsistência básica ou buscavam a sua inserção no mercado regional de mão-de-obra (LIMA, 1992).

Entretanto, entre as décadas de 1940 e 1950 há uma considerável alteração dessa política fundiária indigenista, com as propostas em tomo da região do Xingu, onde se defendia a ideia de um Parque Indígena (figura inexistente na legislação da época), no qual haveria a imobilização de diversas etnias em uma imensa porção de terra, permitindo a preservação da flora e da fauna, além de viabilizar uma aculturação paulatinamente, com uma intensa presença militar junto aos índios (LIMA, 1992).

O Parque Indígena do Xingu inaugura de fato um novo modelo de definição de terras para grupos indígenas, com porções consideravelmente maiores e fundadas num direito “imemorial” a um espaço retratável, passíveis de demarcação física. Este padrão viria a ser implantado e transformado em paradigma da ação fundiária protecionista, mesmo quando não levado à prática (LIMA, 1992).

Em 16 de Outubro de 1942 é publicado o **Decreto n ° 10.652**, pelo qual o SPILTIN é reorganizado no Ministério da Agricultura, dentre os diversos objetivos o de

prestar ao índio proteção e assistência, amparando-lhe a vida, a liberdade e propriedade, defendendo-o do extermínio, resguardando-o da opressão e da espoliação, bem como abrigando-o da miséria, educando-o e instruindo-o, quer viva aldeado, em tribos, ou promiscuamente, com civilizados (BRASIL, 1942).

---

África”. A faixa-limite do conhecimento civilizado morria ali mesmo no Araguaia. E a Segunda Guerra, com a sua tônica do espaço vital, serviria para trazer à nossa visão a imensa carta geográfica brasileira, com sua não menos imensa manchas brancas. Nascia assim, em plena guerra, um impulso expansionista, desta feita alentado pelo próprio Estado. Dois organismos foram criados pelo governo: o primeiro, a Expedição Roncador-Xingu (ERX), com a atribuição específica de entrar em contato com os “brancos” das nossas cartas geográficas; o segundo, a Fundação Brasil Central (FBC), com a função definida de implantar núcleos populacionais nos pontos ideais marcados pela Expedição” (VILLAS BÔAS, 2012:34).

Além de dispor explicitamente da garantia de efetivar a posse das terras ocupadas pelo índio e utilizar os meios mais eficazes para evitar que os “civilizados” invadam as suas terras.

Em 29 de outubro de 1945 Getúlio Vargas é deposto por um golpe militar, sob a liderança do General Góes Monteiro, assumindo a Presidência da República o Presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro José Linhares, que toma as medidas necessárias para a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte. Essa Constituinte de 1946 foi contemporânea de uma importante “onda” de constitucionalismo global, que se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial. “Na mesma época, vários estados elaboraram constituições que hoje são referência mundial, como a Itália (1947), Alemanha (1948) e a Índia (1949), e outros aprovaram textos que acabariam não resistindo ao tempo, como a França (1946)” (ARINOS apud NETO & SARMENTO, 2013:130).

Em 18 de setembro é promulgada a **Constituição de 1946** que, de acordo com Neto & Sarmento (2013: 132), buscou conciliar liberalismo político e democracia com o Estado Social, embora não tivesse grandes pretensões inovadoras, afastou-se do autoritarismo da Constituição de 37, acolhendo as fórmulas e instituições do liberalismo democrático (como separação de poderes e pluripartidarismo) sem abdicar dos direitos trabalhistas e da intervenção do Estado na ordem econômica.

No que se refere ao direito territorial indígena, a Constituição de 1946, em seu art. 216 estabeleceu que “será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem” (BRASIL,1946).

Para Pontes de Miranda (1953:335) o texto ainda exigia o pressuposto da localização permanente, ou seja, desde que houvesse posse e localização permanente, independente de título de domínio, a terra seria do nativo, uma vez que qualquer alienação por eles seria nula por infração constitucional. Assim,conclui que a proibição de alienação traz como consequência:

a) a nulidade de qualquer ato de disposição induídos aqueles que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse (uso, fruto, garantia real, locação); b) não há usucapião contra “silvícola” ainda que trintenal; c) as sentenças que adjudicarem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, dentro do prazo de preclusão, por infringirem texto constitucional.

A força da presença da norma constitucional aparece no julgado de 30 de agosto de 1961, um paradigma do entendimento do Supremo Tribunal Federal na época, e um registro do conflito entre as posições adotadas entre o Ministro Ribeiro da Costa, que deixou de ser relator para o

Acórdão por ter seu entendimento sido vencido pelo do Ministro Victor Nunes Leal<sup>18</sup> (BRASIL,1962).

Adequado, portanto, observar transcrição de trecho da *ratio decidendi* do Tribunal de Justiça mato-grossense no Mandado de Segurança interposto pelo Serviço de Proteção aos Índios contra a Lei estadual nº 1.077/50, que reduziu o território indígena do Povo Kadiwéu:

Desde 1899, mil oitocentos e noventa e nove (1899), os dirigentes deste Estado, como que diretamente inspirados por Deus, dispensaram aos índios Caidineos um tratamento justo, necessário, humano: mandaram — e o fizeram — reservar a esses índios uma área, cujos limites estão devidamente esclarecidos em o documento de Raias oito e nove, proveniente da Delegacia Especial de Terras e Colonização deste Estado em Campo Grande, sendo que essa situação já em 1903 — mil novecentos três — recebia a devida aprovação do Chefe do Executivo Estadual Dr. Alves de Barros, que, assim, considerava acabado o serviço de medição concluído em 23 de fevereiro de 1900 (mil e novecentos), pelo Dr. José Maciel.

Justo, necessário, humano, dissemos nós Sim, pois porventura não são os índios os verdadeiros donos de Mato-Grosso e quiza do Brasil? Quem poderá negá-lo em sua consciência? Sejamos pois justos, humano, decentes, ao menos com os pobres índios, que nenhum mal nos fizeram, mas, muito ao contrário, eles nos fizeram um grande bem: legaram-nos Isto sim é insofismável, toda esta riquíssima região, que hoje ostenta orgulhosamente seu brasão e que se chama Mato-Grosso.

Por que? Por que então tirar-lhes o pouco que os antepassados nosso, num gesto de homens dignos e esclarecidos decidiram respeitar? Como, pois, admirasse hoje de pequenas reações que se notam algumas vezes por parte dos índios nas ainda bravias florestas mato-grossenses? Dai-nos forças Senhor, para que possamos bem cumprir nossos c:adiantes deveres, a fim de que nossos compatriotas de nós não se envergonham e, principalmente, para que a Justiça jamais seja por nós próprios sangrada.

Nunca endeusamos o marechal Rondon, porém, hoje estamos sentido que ele tinha razão em sua aparentemente exagerada defesa dos silvícolas. Ele naturalmente sentiu logo em sua grande luta patriótica pelos nossos se-tees. (Comissão de Linhas Telegráficas e Estratégicas), que esses nossos infelizes irmãos estava reservado num futuro bem próximo — que é presente — o espetáculo que hoje nossos olhos marejados contemplam: Insensatez, ganância, ilegalidade, ingratidão.

Em seu jurídico parecer bem salienta a douta Procuradoria Geral: O coronel Antonio Mena Gonçalves, quando Interventor no Estado, conhecedor como era da necessidade de ser assegurada a garantia da posse dessas terras, pelos referidos Índios, baixou o Decreto nº 54 de nove de abril de 1931 concedendo-lhes o usufruto das mesmas.

Essa garantia foi posteriormente, assegurada pelas Constituições Federais de 1934 no artigo 129º de 1937 no artigo 154 na vigente em o artigo 218.

---

<sup>18</sup> Autor da tese O Município e o Regime Representativo no Brasil — Contribuição ao Estudo do Coronelismo (1948), que teve circulação comercial sob o título Coronelismo, Enxada e Voto, uma obra clássica da moderna ciência política no Brasil, em que o Autor demonstra como o coronelismo, sistema arcaico e brutal, foi o principal sustentáculo político da República Velha (1889-1930). Revela ainda que a concessão do oficialato da Guarda Nacional - milícia imperial criada em 1831 - aos grandes proprietários de terras e escravos selou a ilegítima aliança entre o poder público e os interesses privados, contaminando a República, com a incorporação à esfera de influência eleitoral dos herdeiros da casa-grande, elegendo sucessivos governos estaduais e federais os “votos de cabresto” dos grotões.

Do mesmo modo a Constituição Estadual de 1935 declara no artigo 114: "Será respeitada a posse e mantidas sem restrições, às atuais reservas de terras destinadas aos indígenas matogrossenses, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. E a Constituição de 1937 não revogou êsse dispositivo.

Como se vê a reserva concedida aos índios Caidinéos está plenamente assegurada não só pelos atos governamentais de 1903, reafirmado pelo Decreto Lei nº 54 de 1931, como pelas Constituições Federal e Estadual.

Entretanto, continua a chefia do Ministério Público a Assembléa Legislativa do Estado, desrespeitando o princípio legal do direito adquirido e do ato jurídico acabado, estabelecido no artigo 141, 3º da atual Constituição Federal, votou um projeto de lei, modificando o referido Decreto-lei nº 54, reduzindo, consideravelmente a área reservada àqueles índios (fls. 24).

Esse projeto a que se refere a Procuradoria é exatamente a Lei nº 1.077 de 20 de abril de 1958, contra a qual se levantaram os índios Caidinéos, por meio deste mandado de segurança, medida (sem dúvida) cabível, como bem se vê de fls. 20 a 23, e principalmente da decisão de fls. 48, do Pretório Excelso.

Por outro lado — notório em Mato Grosso que o Serviço de Proteção aos índios existe há muitos anos, sendo que as afirmações constantes dos documentos de fls. nove, in fine, não foram contrariadas pelas informações de folhas dezoito e nem sofreram oposição no documento de folhas 38 a 41.

Enfim, face aos dispositivos acima citados, quem poderá negar a existência clara, positiva, do direito líquido e certo no caso dos autos? Por acaso não se estendem aos índios, legítimos brasileiros natos, a garantia constitucional prevista no parágrafo 24 do artigo 141 da Lei das leis?

Como, pois, poderemos negar-lhes o único remédio que poderá salva-los? Por todos esses motivos, data certa, é que concedemos a segurança pedida."

Vencido, o ilustre Desembargador Presidente Antônio de Arruda, sustentou-se nestes fundamentos (fls. 110), verbis: "A douta maioria reconheceu a inconstitucionalidade da lei ventilada nos autos, por infração do art. 218 da Carta Magna. Alega-se o desrespeito à posse de terras anteriormente reservadas aos índios Caidinéos.

Data venia, o preceito constitucional citado refere-se à posse onde os silvícolas se achem permanentemente localizados. Isto significa, a meu ver, que o Estado pode reduzir legalmente a área que os índios já não ocupam efetivamente.

E sabido que os selvagens vão assimilando-se à civilização, ficando assim diminuídas as áreas de que porventura necessitem para a sua existência rudimentar. E o que vem constantemente ocorrendo, no decurso de nossa história.

As razões do veto, constantes dos autos, não me convençam, no sentido que, tirante acordo com o Serviço de Proteção aos índios, só a desapropriação poderia resolver o problema. Este seria, sem dúvida, o processo mais equitativo e salutar, sobretudo se as terras expropriadas fossem depois cedidas aos remenos agricultores. Seria uma solução, pelo menos parcial, do problema agrário, de que hoje tanto se fala (BRASIL, 1962).

O Ministro Victor Nunes Leal, no julgamento do Recurso Extraordinário (BRASIL, 1962) interposto contra a decisão acima, apreciou a inconstitucionalidade da citada lei do Estado do Mato Grosso, dispondo que:

A Constituição Federal diz o seguinte: "Art. 216: Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem."

Aqui não se trata do direito de propriedade comum; o que se reservou foi território dos índios. Essa área foi transformada num parque indígena, sob a guarda e administração do Serviço de Proteção aos Índios, pois estes não tem a e

disponibilidade das terras, 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 ou intelectual.

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo. Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior, se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduzirá em outros dez, depois mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o território da aldeia, porque ali é que a 'posse' estaria materializada nas malocas.

Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo.

Entendo, portanto, que, embora a demarcação desse território resultasse, originariamente, de uma lei do Estado, a Constituição Federal dispôs sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer possibilidade de reduzir a área que, na época da Constituição, era ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico. Peça; venta ao eminente Ministro Relator para acolher a arguição de inconstitucionalidade da Lei estadual n° 1.077, de 1958, confirmando o acórdão do Tribunal local, que assim dispôs.

Interessante ainda observa que o Ministro Victor Nunes Leal consignou em seu entendimento o direito ao "território" indígena ocupado, do qual retiravam sua subsistência (não disse "terra" indígena como posteriormente veio a distinguir o Supremo Tribunal Federal), reconhecendo, de plano, a nulidade de todo e qualquer ato de disposição a elas concementes (BRASIL,1962).

Portanto, já não subsistia dúvida de que as áreas ocupadas pelos silvícolas integravam o patrimônio da União, sendo nulas quaisquer tentativas de aquisição de imóveis sobrepostos a essas áreas, como consolidou o enunciado 480 da Súmula do Supremo Tribunal Federal que, fundado no precedente comentado (Recurso Extraordinário n° 44.585, de 30 de agosto de 1961), estabeleceu

Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos dos arts. 4º, IV, e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas (BRASIL,1969).

Observa-se que houve no Poder Judiciário o reconhecimento da ampla significação jurídica atribuída pelo constituinte, desde 1934, ao ato-fato de ocupação permanente praticado pelos

indígenas sobre as terras por eles ocupadas em caráter permanente, mas atribuía ao domínio da União Federal.

Com isso Mendes (1988:122) entendia ser inegável que o ato-fato de ocupação permanente produzia, já no sistema constitucional vigente antes mesmo da Carta de 1967, dois efeitos jurídicos de extremamente importantes:

“a) atribuía aos indígenas a posse sobre os imóveis ocupados, como todos os seus consectários; b) outorgava à União o domínio sobre as terras ocupadas pelos indígenas, originando a propriedade, exclusiva e unicamente, do ato-fato relativo à posse”.

Em 11 de outubro de 1963 é publicado o **Decreto nº. 52.665** (BRASIL,1963a), que Aprova o Regimento do Conselho Nacional de Proteção aos Índios, do Ministério da Agricultura, que tenta relativizar o direito territorial ao “assegurar aos índios a posse e uso das suas terras, na forma do art. 216 da Constituição da República”, mas prevendo a sua participação nas “discussões sobre a concessão de glebas a agricultores”. Mantendo perspectiva integracionistas, o Decreto prevê o planejamento do aproveitamento racional econômico das terras indígenas e dos seus produtos, bem como o encaminhamento e adaptação dos índios ao exercício de atividades que as condições do seu habitat imponham ou a que sejam propícias.

Contudo, o mais relevante é que é nesse Decreto nº. 52.665 que é criada a Seção de Estudos e Planejamento – SEPLA (art.7º) a quem competia organizar questionários a serem remetidos ao SPILTN para levantamento de dados sobre a vida dos índios e estudar as respostas a esses questionários, que subsidiariam, com outros estudos realizados e com a colaboração de especialistas a demarcação, legalização e fiscalização das terras habitadas por índios (BRASIL,1963).

No mesmo 11 de outubro de 1963 é publicado também o **Decreto n º 52.668** (BRASIL,1963b) que aprova o Regimento do Serviço de Proteção aos Índios, do Ministério da Agricultura que, embora previsse a “integração na sociedade nacional”, estabelecia a demarcação e a legalização das terras habitadas por índios como execução dos princípios da política indigenista (art.1º, inciso I, 1).

Esse foi o regime jurídico acerca do direito territorial indígena consolidado durante os 20 anos de vigência da Constituição de 1946, sendo possível identificar três peculiaridades que marcam três fases desse texto constitucional. O primeiro momento se estende 1946 até setembro de 1961, quando, no contexto de séria crise política, foi aprovada a Emenda nº. 4, que instituiu o

parlamentarismo. O segundo período vai de 1961 até o golpe militar de 1964, e passa pela volta ao presidencialismo, com a edição da Emenda n.º 6, em janeiro de 1963. E o terceiro momento corresponde ao período em que a Constituição conviveu com o arbítrio militar, estendendo-se de abril de 1964 até a sua revogação, em janeiro de 1967 (NETO & SARMENTO, 2013:135).

### 2.7.A DITADURA CIVIL-MILITAR: OS POVOS INDÍGENAS E SEUS TERRITÓRIOS COMO GRANDES EMPECILHOS AOS GRANDES “PROJETOS DESENVOLVIMENTISTAS”<sup>19</sup>

A formalização do golpe deu-se por meio do Ato Institucional n.º 01 (AI-1), editado em 9 de abril de 1964, e assinado pelos comandantes das Forças Armadas, que se autodefiniam como Comando Supremo da Revolução e redigido, uma vez mais, por Francisco Campos, com auxílio do jurista conservador Carlos Medeiros da Silva (SKIDMORE, 2010:48).

Suspenderam-se, por 6 meses, as garantias de vitaliciedade e estabilidade (art.7º), permitindo-se, naquele interregno, a demissão, dispensa, aposentadoria compulsória, reforma ou transferência para a reserva de servidores civis e militares e magistrados que tivessem atentado contra “segurança do país, o regime democrático e a probidade da administração pública” (art. 7º, §1º ), o que seria apurado por meio de investigação sumária, sem possibilidade de apreciação judicial daqueles atos, salvo quanto às suas formalidades extrínsecas (BRASIL,1964).

Com isso, mais uma vez, instala-se o “*Círculo Vicioso*” citado por Agamben (2004), em que um estado de exceção é utilizado como justificativa para se manter um estado de direito, passando o governo militar a perseguir os adversários do regime, realizando torturas e prisões arbitrárias.

Uma novidade nesse período foi o **Decreto n.º 58.824**, de 14 de julho de 1966, que internalizou a **Convenção n.º 107 da Organização Internacional do Trabalho - OIT** (que havia sido aprovada pelo Decreto 20 de 04 de maio de 1965), tomando-se o primeiro instrumento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos relacionados aos povos indígenas.

---

<sup>19</sup> A concepção de desenvolvimento é usada como retórica para sustentar o planejamento e execução de grandes obras, de modo a anular ou deslegitimar quaisquer ações contrárias à sua implementação.

A Convenção 107/OIT (BRASIL,1966) previa a adoção de programas governamentais tendentes à promoção do desenvolvimento social, econômico e cultural de membros de populações tribais, semitribais e indígenas, “cujas condições sociais e econômicas correspondam a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições”, para buscar a melhoria de seu padrão de vida, com o objetivo de desenvolvimento da dignidade, da utilidade social e da iniciativa do indivíduo.

Quanto ao direito ao território, a Convenção 107/OIT previa que o direito de propriedade, coletivo ou individual será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente (art.11) (BRASIL,1966). Estabelecia como prioridade dos programas de desenvolvimento econômico a melhoria das condições de vida e trabalho das populações interessadas.

Tomava defeso o deslocamento compulsório das populações tribais, semitribais e indígenas, a não ser que seja por motivos que visem à segurança nacional, o interesse do desenvolvimento econômico do país ou no interesse da saúde de tais populações, conforme legislação nacional (art.12, 1), podendo optar por terras de qualidade ao menos igual à das que ocupavam anteriormente ou indenização em espécie ou em dinheiro (art.12, 2) (BRASIL,1966).

A Convenção 107/OIT protegia também as modalidades de transmissão dos direitos de propriedade e de disposições das terras, consagradas pelos costumes dessas populações, desde que “não prejudiquem seu desenvolvimento econômico e social” (art.13, 1) (BRASIL,1966). Por fim, a Convenção inovou ao prever a necessidade de programas agrários nacionais que garantam a essas populações a concessão de terras suplementares em caso de insuficiência das tradicionalmente ocupadas (art.14,1). Entretanto a Convenção 107/OIT estava alicerçada na proposta de integração das populações indígenas na vida dos países (BRASIL,1966).<sup>20</sup>

Em 1967, a Constituição tinha se tornado uma verdadeira colcha de retalhos, quando surge a idéia de elaborar outro diploma constitucional, que institucionalizasse de forma definitiva o regime ditatorial militar/civil instalado. Assim, para convocar a nova Assembléia Constituinte, Castelo Branco valeu-se do Ato Institucional nº. 4, decretado em 07 de dezembro de 1966.

---

<sup>20</sup> Em 1986 a OIT realizou Encontro de Especialistas, sendo recomendada a revisão e atualização da Convenção 107. Em 1989 foi adotada a Convenção Sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, a Convenção 169, que assegura aos povos indígenas e tribais o direito de viverem e se desenvolverem como povos diferenciados, em conformidade com seus próprios padrões.

Em 24 de janeiro é “promulgada” a **Constituição Federal de 1967** que buscava preservar uma fachada liberal (art.150), e no que se refere aos direitos indígenas, incorporou o entendimento jurisprudencial da época que incluiu as terras ocupadas pelos “silvícolas” como bens da União (art.4º, IV) e garantiu a posse indígena de seu território, nos termos do art.186

Art. 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes (BRASIL, 1967a).

A Constituição de 1967 teve uma vida extremamente curta, perdurando até a Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Contudo, antes da Carta de 69, em 5 de dezembro de 1967 foi publicada a **Lei nº 5.371** (BRASIL, 1967b), que extinguiu o Serviço Proteção ao Índio e criou a FUNAI, como uma necessidade de conferir, no plano internacional, visibilidade positiva aos aparelhos de poder de Estado no país, principalmente pela importância do financiamento externo para as grandes obras que se queria implementar<sup>21</sup>. Ou seja, a criação da FUNAI deve ser observada dentro de um movimento mais amplo de redefinição da burocracia de Estado brasileiro, realizado nos anos de 1967 e 1968, quando se preparava mais um fluxo de expansão econômica e da fronteira agrícola no país, com a consequente montagem de alianças e esquemas de poder que a ditadura militar implementaria (LIMA, 1992).

Em verdade, as políticas indigenistas estavam integralmente subordinadas aos planos de defesa nacional, construção de estradas e hidrelétricas, expansão de fazendas e extração de minérios. Portanto, a atuação da FUNAI devia ter plena afinidade com o Conselho de Segurança Nacional (CSN), o Plano de Integração Nacional (PIN), o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e com o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

---

<sup>21</sup> O Governo Médici convoca reunião do Centro de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) em 12/09/1969, onde aprovam o Relatório Danton Jobim, que apesar de dizer em sua conclusão que “a resposta é não”, ou seja, que não há genocídio no Brasil, termina por propor uma investigação mais ampla e o acompanhamento dos processos instaurados. No apêndice do documento há a relação fornecida pela FUNAI sobre punição de culpados, com o nome de 12 funcionários do antigo SPI demitidos e indiciados em destaque e a lista de 23 processos e andamento, com o número do processo e nome do indiciado. O Relatório Danton Jobim, a criação da Guarda Rural Indígena sob comando da Polícia Militar de Minas Gerais e uma constante prática de visitação ao Parque do Xingu, franqueada pela FUNAI a autoridades internacionais e jornalistas, tornaram-se as peças de uma “campanha de esclarecimento” via Itamaraty e imprensa internacional para neutralizar as denúncias apuradas no Relatório Figueiredo e que segundo Informe nº 325 do CISA de 26/10/1970, encontrado no Arquivo Nacional, que trata da propaganda contra o Brasil no exterior, aponta que “o fluxo de informações contra o BRASIL, no exterior, é constante e se faz em larga escala” e que “o trabalho relativo à “matança da Índios” foi completamente neutralizado e desmoralizado face às atividades das autoridades brasileiras” (ZELIC, 2012).

Assim, no que se refere a garantia do direito ao território, a Lei nº 5.371 repetiu o texto constitucional e previu a “garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de tôdas as utilidades nela existentes” (art.1º, I, b) (BRASIL,1967b).

Por decorrência, em 19 de dezembro de 1973 (já sob o manto da Constituição de 1969, adiante tratada) é publicada a **Lei nº 6.001, “Estatuto do índio”**, que pretendia agregar os índios em torno de pontos de atração, como batalhões de fronteira, aeroportos, colônias, postos indígenas e missões religiosas. Por outro lado, o foco era isolá-los e afastá-los das áreas de interesse estratégico. Para realizar este projeto, os militares aprofundaram o monopólio tutelar: centralizaram os projetos de assistência, saúde, educação, alimentação e habitação; cooptaram lideranças e facções indígenas para obter consentimento; e limitaram o acesso de pesquisadores, organizações de apoio e setores da Igreja às áreas indígenas (SANTILLI, 1991:11).

Essas ações provocaram diversas denúncias na imprensa internacional quanto os impactos dos projetos desenvolvimentistas, como a construção das grandes rodovias na Amazônia brasileira - a “Transamazônica”, atingindo de forma trágica a muitos grupos indígenas de primeiros contatos interétnicos. E então, estávamos apenas no início da construção da rede de estradas (DAVIS, 1978).

Ou seja, para viabilizar o seu projeto desenvolvimentista o Governo Militar não se acanhou em operar grandes violações contra os povos indígenas, parte delas apuradas no Relatório Figueiredo, em que uma Comissão presidida pelo Procurador Jader Figueiredo Correia, “viajou mais de 16.000 quilômetros, entrevistando dezenas de agentes do SPI e visitando mais de 130 postos indígenas” (DAVIS, 1978:33).

Há registro de eventos como o caso do Major-Aviador Luis Vinhas Neves, que foi Diretor do SPILT, acusado de genocida por ter promovido o extermínio de duas aldeias pataxós na Bahia, inoculando o vírus da varíola, denúncia registrada na justificativa do pedido aprovado de instalação da CPI do Índio em 1968 e publicada no Diário Oficial (ZELIC,2012).

Sem mencionar a morte de mais de 2.000 indígenas Waimiri-Atroari, além dos registros de cadeias para indígenas criadas pela FUNAI em Minas Gerais, sob responsabilidade da Polícia

Militar desse estado e o ensinamento de prática de tortura à Guarda Rural Indígena formada em 1969, conhecido com Reformatório Indígena Krenak (ZELIC,2012).<sup>22</sup>

Em 13 de dezembro de 1968 é decretado o AI-5, dando início a mais um “*círculo vicioso*” com medidas excepcionais, em um Estado que já era de exceção, dando início a cassações de mandatos e expurgos no funcionalismo, que atingiu em cheio as universidades. Três Ministros do STF foram cassados – Victor Nunes Leal, Evandro Lins e Silva e Hermes Lima -, e outros dois deixariam a Corte em solidariedade aos Colegas (NETO & SARMENTO, 2013:146).

O Congresso, que estava de recesso desde a decretação do AI-5, foi convocado às pressas para referendar o nome do General Emílio Garrastazu Médici – mais um da “linha dura” – que os militares já havia escolhido (SKIDMORE, 2010:197). Antes disso, porém, os três Ministros Militares outorgaram, em 17 de outubro de 1969, a Emenda nº1, alterou 205 artigos do texto constitucional, passando a ser considerada uma nova carta constitucional: a **Constituição de 1969**.

De modo geral não houve mudanças institucionais profundas na Constituição de 1969 em relação à Carta de 1967, contudo, no que se refere ao direito territorial indígena registra-se a manutenção das terras indígenas como propriedade da União, explicitando-se os efeitos sobre os títulos de domínio que lhe sobreponham, conforme o art.198 e seus parágrafos:

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 a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio (BRASIL,1969).

---

<sup>22</sup> O Reformatório foi implantado sob a administração do Capitão Manoel dos Santos Pinheiro, da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, e para lá eram enviados os indígenas que opunham resistência aos ditames dos administradores de suas aldeias ou eram considerados como desajustados socialmente. No Presídio eram mantidos em regime de cárcere, sofrendo repressões, como o confinamento em solitária e castigos físicos em casos de insubordinação. Eram-lhes impostas atividades na agricultura durante o dia, sob forte vigilância de soldados da Polícia Militar de Minas Gerais e dos índios agregados à Guarda Rural Indígena (GRIN), também fundada pelo Capitão Pinheiro. A Guarda era composta por índios que Pinheiro definia como de "excepcional comportamento", devidamente treinados e fardados, e encarregados de manter a ordem interna nas aldeias, coibir os deslocamentos não autorizados, impor trabalhos e denunciar os infratores ao Destacamento da Polícia Militar (PARAÍSO, 1999).

Cameiro da Cunha (1987:98) observa que o art.198 “é poderoso, mas contraria interesses igualmente poderosos”. Por essa razão ainda havia uma corrente jurídica que tentava fazer prevalecer a tese de que os títulos anteriores a Constituição de 1934, incidentes sobre territórios indígenas seriam válidos, já que somente a Constituição de 1969 teria expressamente previsto a proteção desse direito territorial.

Entretanto prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Cível Originária 278, o entendimento de que os negócios jurídicos de concessão ou venda de terras, onde indígenas estivessem permanentemente localizados, anteriores ao §1º do art. 198 da Constituição de 1969, já seria nulo e sem qualquer efeito, desde a Constituição de 1934, quando a posse dos chamados “silvícolas” estava protegida, quanto às terras onde localizados, em caráter permanente (BRASIL,1984).

Todavia, nas razões de decidir dessa Ação Cível Originária 278 encontra-se o entendimento jurídico de Miguel Reale em Perecer juntado aos autos, que de forma mais sofisticada, porém não menos arbitrária e contraria aos interesses indígenas, defendia que, não obstante as variações terminológicas ocorridas desde 1934, o que o texto constitucional tinha em vista, exclusivamente, era a defesa da posse dos índios que ainda vivem à margem da civilização nacional, constituindo núcleos populacionais de cultura primitiva (BRASIL,1984).

Assim, muito embora o art. 186 tenha substituído a expressão “*posse de terras de silvícolas que nelas se acham permanentemente localizados*”, por “*posse das terras que habitam*”, para Reale, só integram o patrimônio da União aquelas glebas que poderiam ser consideradas “habitadas pelos indígenas, nelas se localizando”, com todas as características de uma tribo, sedentária ou não. Portanto, para ele “o nomadismo ou a mobilidade dos silvícolas não autoriza, todavia, a União a estender *ad libitum*, por ato unilateral de puro arbítrio, a área que o art. 4º, item IV, da atual Constituição lhe confere” (BRASIL,1984).

Para Reale (BRASIL,1984), em se admitindo a inexistência de uma proporcionalidade “entre as tribos e o território a elas indispensável, a fim de manter íntegro e intocável o tipo de vida que lhes é próprio, não restariam mais terras devolutas para grande número de Estados, nem sobraria espaço para as propriedades privadas”.

Todavia, de fato prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a parte dispositiva do julgamento, segundo o qual os títulos dominiais concedidos antes do advento da Constituição de 1934 estariam abrangidos pela declaração de nulidade do texto constitucional de 1969. Assim,

como observa Mendes, o art.129 da Carta de 1934 operaria uma peculiar e rara espécie de nulidade, a chamada nulidade superveniente (*nachträgliche Nichtigkeit*) (Werner Flume, *Das Rechtsgeschäft*, Berlim, 1979, v.11, p.550), sendo um inequívoco exemplo de uma “lei de proibição” (*Verbotsgesetz*), que alcança situação já estabelecida (FLUME apud MENDES, 1988:123).

Nesse sentido, de Pontes de Miranda (1972:457) defende que “são nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse. O registro anterior de propriedade é título de propriedade é título de propriedade sem uso e sem fruição”

Em síntese, a **Constituição de 1891**, (art.64), transferiu aos Estados-membros o domínio e a posse das terras devolutas, cabendo à União apenas a porção de território indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções e estradas de ferro. A **Constituição de 1934** excluiu do domínio devoluto estadual as áreas na posse de “silvícolas” que nelas se achassem permanentemente localizados (art. 129). A **Constituição de 1937** (art. 154) e a **Constituição de 1946** (art. 216) mantiveram esse regime. A **Constituição de 1967** (art. 186) e a **Emenda Constitucional nº 1/1969** (art. 198) também asseguraram aos “silvícolas” a posse das terras que habitam, mas incluíram, entre os bens da União, “a porção de terras devolutas indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais” e “e as terras ocupadas pelos silvícolas” ( art. 4º).

Portanto, todo e qualquer título concedido pelo Estado sobre áreas ocupadas pelos silvícolas e, no império das Constituições de 1934, de 1937 e de 1946, configura alienação a *non domino*, sendo inevitável o reconhecimento da nulidade de pleno direito, já que tais imóveis já não integravam o patrimônio estadual desde 16 de julho de 1934 (MENDES,1988).

Todavia, o regime jurídico construído desde o encontro entre os povos ibéricos e americanos não é, até aqui, suficiente para esclarecer todas as questões surgidas num país de dimensões continentais, com uma grande diversidade étnica e de agudos conflitos fundiários. Como fica o direito territorial de povos indígenas deslocados ou invisibilizados sob o falso manto da “democracia racial”? E os povos indígenas que ressurgem após o período de redemocratização iniciado na década de 80? Será que a arqueologia pode responder suficientemente a relação de comunidades indígenas com seus espaços vitais? O tempo linear é capaz de qualificar a tradicionalidade da ocupação indígena? A imemorialidade ou a datação da posse são os únicos critérios para o reconhecimento do direito territorial?

Essas e outras questões, em pauta nos Tribunais e nos conflitos no campo são respondidas pela Constituição Federal de 1988, que rompeu com esse paradigma em duas vertentes extraordinariamente importantes: a primeira, válida para todo o Direito, instituiu a possibilidade do reconhecimento dos direitos coletivos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao patrimônio cultural e outros, chamados “interesses difusos” (SOUZA FILHO, 1999: 307), em contraposição aos direitos individuais; a segunda, aplicável aos povos indígenas, e em menor escala aos “remanescentes de quilombos”, rompeu com o princípio que regiu toda a política indigenista dos quinhentos anos de contato, ou seja, a integração.

A Constituição de 1988 estabeleceu que os direitos coletivos territoriais indígenas são originários, ou seja, nasceram antes da própria Constituição, pertencendo à categoria de direitos naturais e não necessitando de lei para terem vigência e reconhecimento. Ordenou também que se reconheça o território indígena pelo critério do povo que detém o direito, o que significa que são os usos, costumes e tradições indígenas que marcam os limites de seu território nesses quatro elementos: terras habitadas, utilizadas, imprescindíveis à preservação da natureza e necessárias ao bem-estar e reprodução física e cultural do grupo. Dessa forma, qualquer regulamentação terá de dispor nos limites desse comando constitucional. O procedimento demarcatório não pode estabelecer outro critério que não sejam os quatro elementos verificados segundo os usos, costumes e tradições do próprio povo. (SOUZA FILHO, 2002:50)

### 3. DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 manteve o instituto constitucional brasileira do *indigenato*, reconhecendo aos povos indígenas o direito territorial sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Contudo, o texto constitucional foi além, desvinculou o direito das comunidades indígenas da perspectiva arqueológica e da linearidade temporal, não exigindo uma posse imemorial e nem a sua datação, mas a sua tradicionalidade.

Assim, a Constituição permitiu um afastamento da preocupação com a “origem” e com o “isolamento cultural”, evitando a usual confusão entre “tradição” e “costume” que, atrelava o sentido de “tradicional” ao direito consuetudinário, como se fosse mera “repetição”, evitando que houvesse o congelamento das práticas jurídicas que lhe seriam correspondentes (ALMEIDA, 2006:10).

Entretanto, a consolidação da norma constitucional do art.231 da Constituição de 1988 é fruto não apenas da tradição jurídica normativa do Brasil, mas de um fortalecimento do movimento indígena e das instituições que o apoiavam, bem como das disputas ocorridas na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, dos quais decorreram conquistas e retrocessos dada às colisões das forças políticas e interesses econômicos, além do debate internacional, capitaneado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Por essa razão, antes de lançar os olhos sobre as discussões da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, cumpre registrar que nas décadas de 60 e 70 houve um aumento da participação dos povos e organizações indígenas no plano internacional, principalmente no questionamento da Convenção nº 107 da OIT (TOMEI & SEWPSTON, 1999), de caráter “integracionista” ou “assimilacionista”, cujo objetivo principal era integrar esses povos a sociedade nacional, pressupondo a irreversibilidade desse processo de “integração” ou de “assimilação”.

Com efeito, a partir de 1985 a OIT começou a realizar consultas acerca da possibilidade de revisão da Convenção nº107. Em 1986, o Conselho de Administração da OIT convocou uma reunião de peritos, na qual se concluiu que o “enfoque integracionista da Convenção estava obsoleto e que sua aplicação era prejudicial no mundo moderno”, sendo a sua revisão o objeto das Conferências Internacionais do Trabalho de 1988 e 1989 (TOMEI & SEWPSTON, 1999:20).

Em junho de 1989 foi adotada a Convenção nº 169, com natureza jurídica de tratado internacional de direitos humanos, sendo ratificada até 1996 por dez países (Noruega, México, Bolívia, Peru, Colômbia, Costa Rica, Paraguai, Honduras, Dinamarca e Guatemala) (TOMEI & SEWPSTON, 1999:20). Pelo Brasil somente foi internalizada com a promulgação do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, embora tenha sensivelmente influenciado os debates da Assembleia Nacional Constituinte e o texto da Constituição Federal de 1988.

A Convenção nº 169 inaugura uma nova perspectiva do direito, a de promoção e respeito às culturas, às formas de vida, às tradições e ao direito consuetudinário dos povos indígenas e tribais.

Supõe que estes povos continuarão existindo como parte de suas sociedades nacionais. Mantendo sua própria identidade, suas próprias estruturas e tradições. Funda-se ainda no princípio de que estas estruturas e formas de vida têm um valor intrínseco que deve ser salvaguardado.

O instrumento supõe também que esses povos podem falar por si mesmos, têm o direito de participar no processo de tomada de decisões que lhes dizem respeito e, além disso, sua contribuição será benéfica para o país em que habitam (TOMEI & SEWPSTON, 1999:22).

No que se refere especificamente ao direito territorial dos povos indígenas e tribais, a Convenção nº 169, em seu artigo 14, a seguir reproduzido, dispõe expressamente sobre o direito sobre as terras ocupadas tradicionalmente:

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

TOMEI & SEWPSTON (1999:45) registram que durante a Conferência Internacional do Trabalho umas das questões mais debatidas era o direito territorial, concluindo-se que seria necessária a garantia da posse e do uso da terra de maneira contínua, tanto para os povos indígenas e tribais isolados, como para situações de partilha do uso de certas terras, em cuja hipótese o direito de posse pode ser mais apropriado do que um título de propriedade.

Em todo caso, convém esclarecer que esta disposição não foi concebida para reduzir tanto quanto possível o grau de direito desses povos sobre a terra. Foi redigida para que se levassem em conta diferentes situações e o fato de que nem todos os povos indígenas e tribais podem exercer plenamente seus direitos de propriedade (TOMEI & SEWPSTON, 1999:45).

Entretanto, a grande superação na Convenção nº 169 foi a não admissão do direito as terras imemoriais, que marcam uma datação ou a impossibilidade de sua realização, como condições para o reconhecimento do direito, para aderir à tese do direito às terras que ocupam tradicionalmente.

De acordo com TOMEI & SEWPSTON (1999:45) a terminologia adotada (“ocupam tradicionalmente”) deve ser analisada com relação ao parágrafo 3 do mesmo artigo, o qual dispõe que deverão ser criados procedimentos adequados para atender à data das referidas reivindicações. Assim, as medidas adequadas deverão ser tomadas para salvaguardar os direitos dos povos indígenas e tribais de utilizar as terras que não são necessariamente ocupadas por eles, mas às quais tradicionalmente têm tido acesso,

O “uso” de terras que esses povos não ocupam, mas às quais têm tido acesso para suas “atividades tradicionais e de subsistência”, foi reconhecido como um direito adicional e não como uma alternativa do direito de propriedade. O propósito dessa disposição era cobrir a situação de muitos povos indígenas e tribais que têm exercido direitos de pastoreio, caça ou colheita em terras das quais não tem título de propriedade.

Assim, já havia na Convenção o equivalente ao art.215 da Constituição de 1988, disposto no art.23, que orienta a leitura do direito territorial não a partir da anterioridade da posse, mas da necessidade de proteção de bens culturais, conforme se observa em sua reprodução abaixo:

O artesanato, as indústrias rurais e comunitárias e as atividades tradicionais e relacionadas com a economia de subsistência dos povos interessados, tais como a caça, a pesca com armadilhas e a colheita, deverão ser reconhecidas como fatores importantes da manutenção de sua cultura e da sua autosuficiência e desenvolvimento econômico. Com a participação desses povos, e sempre que for adequado, os governos deverão zelar para que sejam fortalecidas e fomentadas essas atividades (TOMEI & SEWPSTON, 1999:45).

Essas discussões ocorridas nas Conferências Internacionais do Trabalho realizadas pela OIT refletem e são reflexo dos debates que antecederam a Assembleia Nacional Constituinte e as disputas dentro do Congresso Nacional, que não apenas culminaram com as normas referentes ao direito territorial indígena, mas deram início a um novo embate hermenêutico travado na doutrina jurídica e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e demais cortes, como será demonstrado nos subcapítulos a seguir.

### 3.1. OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE: O ATIVISMO DO MOVIMENTO INDÍGENA E A ADEÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA

Antes mesmo dos debates da Assembleia Nacional Constituinte, como observa Lacerda (2007:120), três fatos históricos contribuíram para culminar com a atual construção normativa constitucional: a ruptura de importantes segmentos das ciências sociais e da Igreja Católica com os modelos históricos, a emergência do movimento indígena e as discussões surgidas a partir dos movimentos de independência das colônias europeias na África, Ásia e Oceania.

A pesquisadora identificou como marco fundamental a Declaração dos antropólogos e sociólogos participantes do “Simpósio sobre a Fricção Interétnica na América do Sul”, conhecida também como “Declaração de Barbados I”, de 30 de janeiro de 1971 (LACERDA, 2007:120), que criticou o papel centralizador do Estado, com sua pretensão de “integração social”, que acabavam por desvalorizar as diversidades étnicas, bem como a obra evangelizadora das missões religiosas na América Latina que, segundo o documento, “significou uma imposição de critérios e padrões alheios às sociedades indígenas dominadas e que encobriram, sob um manto religioso, a exploração econômica e humana da populações indígenas” (BARBADOS, 1971).

A Declaração de Barbados I reconheceu a anterioridade do direito das sociedades indígenas, consagrando o entendimento de que o Estado deve reconhecer e garantir a cada uma das populações indígenas a propriedade de seu território, permitindo o registro da “propriedade coletiva,

contínua, inalienável e suficientemente extensa para assegurar a manutenção das populações indígenas” (BARBADOS,1971).

Posteriormente, em 1977, houve a segunda Reunião de Barbados, cuja metade dos participantes era de membros de movimentos indígenas, o que levou as Nações Unidas ao processo de revisão, a partir de 1986, da Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, e a supressão de sua perspectiva integracionista (LACERDA, 2007:122).

Ortolan Matos (1997:265-280) observou que entre a década de 1970 e o início dos anos 80, o movimento indígena assumiu o caráter pan-indígena, com a promoção da organização pluriétnica dos índios em defesa de seus direitos dentro do Estado brasileiro. Ou seja, a categoria “índio”, que foi inicialmente utilizada para unificar o tratamento e a estigmatização dos povos, os mais diversos entre si, passou a ser apropriada pelo movimento para ser utilizada como união das diversas etnias, sem renunciar as suas peculiaridades. Trata-se do estabelecimento de uma identidade supra-étnica.

Assim, a partir da realização de assembleias indígenas em todo o país (57 entre os anos de 1974 a 1984), promovidas inicialmente pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), foi criada a União das Nações Indígenas – UNIND (1980), organização indígena de caráter nacional. Além dessa mobilização mais institucionalizada, Ortolan Matos (1997:265-280) registra a ocorrência de outras formas de resistência indígena com enfrentamentos diretos, baseados na ameaça do uso da força, como a ocupação de prédios da FUNAI, tomada de reféns e bloqueio de estradas por grupos indígenas.

Também surgem novos aliados e outras instituições nacionais a exemplo da Comissão Pró Índio; Associação Nacional de Apoio ao Índio; Centro de Documentação e Informação; Associação Brasileira de Antropologia, entre tantos que iniciaram seu processo de criação e apoio. Conforme destaca Evangelista (2004), o período compreendido entre as décadas de 70 até meados de 80 se caracterizou pelo aumento da organização e a criação de organismos de apoio às questões indígenas.

Algumas destas entidades expandiram seus horizontes para além de suas localidades de origem abrangendo novos estados, como é o caso da Comissão Pro Índio, originária de São Paulo, mas que se estendeu para o Rio de Janeiro, e também da ANAI que se expandiu para outras regiões, entre as quais Rio Grande do Sul e Bahia. (LOPES, 2011:43)

Em outubro de 1980, teve início a uma série de reuniões entre antropólogos e advogados, a exemplo da: “O Índio perante o Direito”, promovida pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UFSC, e Cultural Survival Inc; a 33ª Reunião Anual da SBPC, em julho de 1981; a reunião “O índio e os Direitos Históricos”, realizada pela CPI/SP e ABA; o Painel “O Índio e o Direito” promovido pela OAB-RJ em novembro de 1981; e a Mesa-Redonda organizada pela CPI/SP em abril de 1982, durante a 13ª Reunião da ABA, sobre o tema “O Índio e a Cidadania”, quando pela primeira vez se incluiu no debate as contribuições de Sociólogos e Cientistas Políticos (VIDAL apud LACERDA, 2007).

O primeiro resultado surge na Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida pelo jurista Afonso Arinos de Melo Franco, criada pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985, do Presidente José Sarney, honrando uma promessa de campanha de Tancredo Neves, com o objetivo de desenvolver pesquisas e estudos fundamentais para futura colaboração aos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

A Comissão composta por 50 membros, das mais diversas origens ideológicas, elaborou um texto extenso, com mais de 436 artigos no corpo permanente e 32 nas disposições constitucionais transitórias (SARMENTO & SOUZA, 2014:157). Quanto ao direito territorial indígena, a Comissão previu um Capítulo específico sobre populações indígenas com o seguinte teor:

#### CAPITULO VIII DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS

Art. 380 – O Governo Federal, reconhecendo as populações indígenas como parte integrante da comunidade nacional, proporá legislação específica com vista à proteção destas populações e de seus direitos originários.

Parágrafo único – Esta legislação compreenderá medidas tendentes a:

- a) permitir que as referidas populações se beneficiem, em condições de igualdade, dos direitos e possibilidades que a legislação brasileira assegura aos demais setores da população, sem prejuízo dos seus usos e costumes específicos;
- b) promover o apoio social e econômico às referidas populações, garantindo-lhes a devida proteção às terras, às instituições, às pessoas, aos bens e ao trabalho dos índios, bem como à preservação de sua identidade;
- c) o apoio de que trata o inciso anterior ficará a cargo de um órgão específico da administração federal.

Art. 381 – As terras ocupadas pelos índios são inalienáveis e serão demarcadas, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, do subsolo e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º – São terras ocupadas pelos índios as por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, e as necessárias à sua vida segundo usos e costumes próprios, incluídas as necessárias à preservação de seu ambiente e do patrimônio histórico.

§ 2º – As terras referidas no caput do artigo pertencem à União, como bens indisponíveis, sendo inalterável a sua destinação.

§ 3º – Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de atos de qualquer natureza que tenham por objetivo o domínio, a posse, o uso, a ocupação ou a concessão de terras ocupadas pelos índios ou das riquezas naturais do solo e do subsolo nelas existentes.

§ 4º – A nulidade e a extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos titulares do domínio, possuidores, usuários, ocupantes ou concessionários o direito de ação ou de indenização contra os índios, e sim contra o Poder Público, pelos atos por ele próprio praticados.

Art. 382 – A pesquisa, lavra ou exploração de minérios em terras indígenas poderão ser feitas, como privilégio da União, quando haja relevante interesse nacional, assim declarado pelo Congresso Nacional para cada caso, e desde que inexistam reservas, conhecidas e suficientes para o consumo interno, e exploráveis, da riqueza mineral em questão, em outras partes do território brasileiro.

§ 1º – A pesquisa, lavra ou exploração mineral de que fala este artigo dependem do registro da demarcação da terra indígena no Serviço do Patrimônio da União e da prévia regulamentação a ser baixada pelo órgão federal responsável pela política indigenista das condições em que se darão a pesquisa, lavra ou exploração.

§ 2º – A exploração das riquezas minerais em áreas indígenas obriga ao pagamento de percentual não inferior a cinco por cento do valor do faturamento em benefício das comunidades autóctones.

§ 3º – Os contratos que envolvam interesses das comunidades indígenas terão a participação obrigatória de suas organizações federais protetoras e do Ministério Público, sob pena de nulidade.

§ 4º – Ficam vedadas a remoção de grupos indígenas de suas terras e a aplicação de qualquer medida coercitiva que limite seus direitos à posse e ao usufruto previstos no art. 381.

Art. 383 – O Ministério Público, de ofício ou por determinação do Congresso Nacional, as comunidades indígenas, suas organizações e o órgão oficial de proteção aos índios são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos interesses dos índios.

Parágrafo único – Nas ações propostas por comunidades indígenas ou suas organizações, ou contra estas, o juiz dará vistas ao Ministério Público, que participará do feito em defesa do interesse dos silvícolas (BRASIL, 1986).

Observa-se no art.381, §1º desse texto, o reconhecimento do direito territorial indígena sobre as terras ocupadas pelos índios, que são as por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, e as necessárias a sua vida segundo usos e costumes próprios, incluídas as necessárias à preservação de seu ambiente e do patrimônio histórico.

Ou seja, já havia um entendimento dos juristas que a norma, não apenas manteve o instituto do *indigenato* do direito indigenista, mas também o expandiu sobre as terras que, mesmo que não habitadas, fossem necessárias “a sua vida segundo usos e costumes próprios, incluídas as necessárias à preservação de seu ambiente e do patrimônio histórico” (BRASIL, 1986).

Entretanto, como consequência do conteúdo avançado e democrático do texto constitucional da Comissão, como afirmam Neto & Sarmento (2014:157), desagradando inclusive o Presidente da República com a previsão de instituição do parlamentarismo, o Projeto sequer foi enviado ao Congresso para que subsidiasse os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, embora tenha sido utilizada na prática pelos parlamentares constituintes.

Em continuidade, no dia 1º de fevereiro de 1987, é instalada a Assembleia Nacional Constituinte<sup>23</sup> com a seguinte composição: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) – 306; Partido da Frente Liberal (PFL) – 132; Partido Democrático Social (PDS) – 38; Partido Democrático Trabalhista (PDT) – 26; Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) – 18; Partido dos Trabalhadores (PT) – 16; Partido Liberal (PL) – 07; Partido Democrático Cristão (PDC) – 06; Partido Comunista Brasileiro (PCB) – 03; Partido Comunista do Brasil (PC do B) – 03; Partido Socialista Brasileiro (PSB) – 02; Partido Social Cristão (PSC) – 01 e Partido Municipalista Brasileiro (PMB) – 01, (NETO & SARMENTO, 2013) que veio a ser alterada ao longo do processo constituinte devido a dissidências e a criação de novos partidos.<sup>24</sup>

A organização da Assembleia Nacional Constituinte se deu a partir da criação de 08 comissões temáticas, subdivididas em três, no total de 24 subcomissões, e por fim a Comissão de Sistematização, encarregada de compatibilizar a produção das comissões em um único texto.

As Comissões criadas pelo Regimento foram: I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; II – Comissão da Organização do Estado; III – Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo; IV – Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; V – Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; VI – Comissão da Ordem Econômica; VII – Comissão da Ordem Social; VIII – Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação; IX – Comissão de Sistematização.

---

<sup>23</sup> No dia 15 de novembro de 1986, realizou-se eleição para a Assembleia Nacional Constituinte, que, instalada em 1º de fevereiro de 1987, promulgaria, 20 meses depois, a atual Constituição. Participaram da escolha dos constituintes mais de 69 milhões de eleitores (exatos 69.003.963), com forte predominância do eleitorado urbano (67,57%), refletindo o extraordinário crescimento das cidades, acelerado a partir da década de 70 (hoje mais de 80% do eleitorado brasileiro é urbano). A Assembleia foi integrada por 559 parlamentares (487 deputados e 72 senadores), com renovação de 45% em relação à composição do Congresso na legislatura anterior (NETO & SARMENTO, 2013).

<sup>24</sup> A primeira sessão ordinária da Assembleia Nacional Constituinte, aberta no dia 2 de fevereiro, presidida pelo Ministro Moreira Alves, ocorreu a primeira disputa, que era a decisão da participação ou não dos Senadores biônicos de 1982. A decisão foi favorável a participação dos mesmos no corpo constituinte. Na mesma sessão foi decidida a Presidência da Assembleia, sendo vitorioso Ulisses Guimarães (NETO & SARMENTO, 2013).

A participação popular aconteceria de duas formas: através das audiências públicas previstas no Regimento Interno, que poderiam ser de cinco a oito, e pela apresentação de emenda ao anteprojeto de Constituição, desde que atendida a exigência de conter no mínimo 30.000 assinaturas de eleitores e respaldo de três entidades associativas, legalmente constituídas.

O direito territorial indígena foi objeto da Comissão da Ordem Social, onde se encontrava a Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, instalada em 07 de abril de 1987, quando foi escolhido como presidente da Subcomissão o constituinte Ivo Lech (PMDB-RS), como 1º vice-presidente Doreto Campanari (PMDB-SP) e 2º vice-presidente Bosco França (PMDB-SE). Em decorrência da determinação regimental e do pacto das lideranças o presidente Ivo Lech (PMDB-RS) indicou Alceni Guerra (PFL-PR) como Relator da Subcomissão (BRASIL,1987a).

Eram membros da Subcomissão os constituintes Benedita da Silva (PT-RJ), José Carlos Sabóia (PMDB-MA), Nelson Seixas (PDT-SP), Salatiel Carvalho (PFL-PB), Ruy Nedel (PMDB-RS), Jacy Scanagatta (PFL-PR), Osmir Lima (PMDB-AC) e Sandra Cavalcanti (PFL-RJ) (BRASIL,1987a).

Não se pode deixar de mencionar que o debate quanto ao reconhecimento dos povos indígenas enquanto “nações” e o caráter “multinacional” do Estado brasileiro ocorreu na Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais (da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher), presidida pelo constituinte Roberto D'Ávila (PDT-RJ), tendo como 1º Vice-Presidente Aluízio Bezerra (PMDB-AC), como 2º Vice-Presidente Antônio Ferreira (PFL-AL) e relator o constituinte João Herrmann Netto (PMDB-SP) (BRASIL,1987a).

Também eram membros titulares da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais os constituintes Aécio Neves (PMDB-MG), Geraldo Bulhões (PMDB-AL), José Carlos Grecco (PMDB-SP), Luiz Viana Neto (PMDB-BA), Manuel Viana (PMDB-RS), Maurício Nasser (PMDB-PR), Milton Barbosa (PMDB-BA), Milton Lima (PMDB-MG), Paulo Macarini (PMDB-SC), Francisco Rollemberg (PMDB-SP), Cleonânio Fonseca (PFL-SE), Odacir Soares (PFL-RO), Sarney Filho (PFL-MA) e Victor Trovão (PFL-MA) (BRASIL,1987a).

Os debates na Assembleia Nacional Constituinte quanto ao direito territorial indígena não decorreram de uma percepção clara dos constituintes quanto à tradição jurídica nacional e os avanços necessários, mas a partir das provocações externas ao Congresso, seja a partir da

mobilização do movimento indígena e das entidades que apoiavam seu reconhecimento, seja pela resistência criada pelos parlamentares que representavam interesses econômicos nestas áreas.

Observa-se que havia um desinteresse dos próprios constituintes em participar da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, que além de não haver nenhum constituinte indígena, teve muita dificuldade em atingir o *quórum* para estabelecimento das sessões ordinárias, o que levou a alguns debates a serem travados como reunião informal (BRASIL, 1987b).

Percebendo isso, diversas entidades, como União das Nações Indígenas - UNI, Conselho Indigenista Missionário - CIMI, Associação Brasileira de Antropólogos - ABA, Cedi, CTIMirad, CCPY, Conage, Procuradoria-Geral da República e indígenas residentes em Brasília, a partir de reuniões realizadas no Instituto de Estudos Socioeconômicos – Inesc, construíram uma proposta sobre os direitos indígenas, que foi encaminhada à Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Todavia, para consolidar um texto que atraísse a oposição aberta dos militares, essas entidades tiveram a cautela de evitar o uso das expressões como “povo” ou “nação” (LACERDA, 2007:143), apresentando na 3ª Reunião da Subcomissão por Idjarruri Karajá, Raoni Txucarramãe, Marcos Terena, Mário Juruna e Airton Krenak, com o seguinte texto:

#### DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS

Art.1º São reconhecidas as comunidades indígenas, seus direitos originários sobre as terras que ocupam, sua organização social, seus usos e costumes, línguas e tradições.

Parágrafo Único. A União garantirá a devida proteção às terras, às instituições, às pessoas, aos bens, à saúde e à educação dos índios.

Art.2º As terras ocupadas pelos índios são inalienáveis, destinadas a sua posse permanente, ficando reconhecidos seus direitos ao usufruto exclusivo das terras das riquezas naturais do solo, do subsolo, dos cursos pluviais e de todas as utilidades nelas existentes.

§1º As terras ocupadas pelos índios pertencem à união, são indisponíveis e inalteráveis a sua destinação.

§2º São nulos e extintos e produzirão efeitos jurídicos os atos de qualquer natureza que tenham por objetivo o domínio, a posse, o uso, a ocupação ou a concessão de terras ocupadas pelos índios ou das riquezas naturais do solo, do subsolo e dos cursos pluviais nela existentes.

§3º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão direitos de ação ou indenização contra o poder público ou dos índios.

§4º Na terra ocupada pelos índios é vedada qualquer atividade extrativa de riqueza não renováveis, exceto, foiceação e garimpage, quando exercida pelas próprias comunidades indígenas.

§5º Para melhor garantia das terras indígenas, ainda não demarcadas, a União as demaráará observado o disposto no §1º deste artigo.

Art. 3º Os índios, as comunidades indígenas, suas organizações, o Congresso Nacional e o Ministério Público são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos direitos indígenas.

§1º A competência para dirimir disputas sobre os direitos indígenas será sempre da Justiça Federal.

§2º O Ministério Público tem a responsabilidade da defesa e a proteção desse direito judicial e extrajudicial devendo agir de ofício, ou mediante provocação.

§3º A proteção compreende a pessoa, o patrimônio material e imaterial ou interesse dos índios, bem como a preservação e restauração de seus direitos, reparação de danos e promoção de responsabilidade dos ofensores.

§4º Em toda a relação contratual de que puder resultar o prejuízo ao direito dos indígenas será obrigatória a interveniência do Ministério Público sob Pena de nulidade.

§5º Os direitos e garantias reconhecidos neste capítulo são diretamente aplicáveis e vincula a todos os poderes públicos.

§6º Compete à União, e de forma a completar aos Estados, legislar sobre a garantia dos direitos previstos neste capítulo (BRASIL,1987b).

A Subcomissão também contou com a contribuição de diversos especialistas na questão indígena, que trataram de debater temas como preconceito, discriminação e estigma, dentre os quais estão a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha (ABA), Paulo Roberto Moreira e Florestan Fernandes; Dom Erwin Krautler (CIMI), Carlos Frederico Marés de Souza Filho (Comissão pela Criação do Parque Yanomani), Vanderlino Teixeira de Tavares (Conselho Nacional de Geologia e Membro da Comissão Pró-Índio de São Paulo), Mércio Gomes (Instituto de Pesquisas Antropológica do Rio de Janeiro), além da participação de diversos indígenas, como Estevão Tauka (Bakairi), Nelson Sarakura (Pataxó), Gilberto Macuxi, Kromare Metotire, Pedro Cornélio Seses, Valdomiro Terena, Hamilton Lopes (Caioá), Antonio Apurinã e Ailton Krenak, assim como a realização de uma visita à aldeia Kaipó, na reserva Gorotire, no sul do Pará (BRASIL,1987b).

### 3.2. A PARTICIPAÇÃO DOS ANTROPÓLOGOS NAS SESSÕES DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987: A APRESENTAÇÃO DE UMA NOVA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Em sua primeira apresentação, a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, representando a Associação Brasileira de Antropologia prestou um relevante esclarecimento acerca do que significa “minorias”, informando que seu conceito independe do “peso demográfico” de um determinado grupo sobre uma população, mas está diretamente relacionado como a condição desse grupo de serem “sócios” das decisões fundamentais que irão afetá-los. A partir disso a antropóloga afirma que,

Neste sentido, há que se pensar em como esta nova Carta Constitucional deve tratar aqueles que não têm a força majoritária no País, quer dizer, qual é o papel que se deve dar àqueles estratos populacionais.

É este o sentido verdadeiro de minorias: não é um sentido demográfico. Enfatizo esta questão. No caso do indígena, a minoria indígena é também uma minoria fortemente demográfica. É uma ínfima parcela da população, mas é também uma ínfima parcela daqueles 6 milhões de índios que aqui habitavam quando o Brasil foi supostamente descoberto.

Isso dá a medida do genocídio que foi praticado neste País. Temos, hoje, algo em torno de 220 mil índios, distribuídos em 180 sociedades diferentes. Representa uma riqueza cultura que é difícil de ser avaliada.

A tendência à homogeneização, que foi característica do começo deste século, por exemplo, e veio até o pós-guerra, foi fortemente marcada também por essa expectativa de uma grande homogeneização de que o Mundo seria uma aldeia global. Ao contrário, o que se viu foi o renascer das especificidades e também os valores extraordinários que se começou a perceber em sociedades diferentes.

O Brasil tem 180 sociedades diferentes, tem 180 línguas diferentes, e isso contribui para o patrimônio cultural da Humanidade. Cada sociedade é uma forma original específica de convívio entre seres humanos (BRASIL, 1987b).

Em seguida, Manuela Carneiro da Cunha (BRASIL, 1987b) recordou que a tradição jurídica nacional em reconhecer o direito territorial indígena como originário, como simples decorrência da anterioridade da ocupação indígena, que foi consolidado na Lei de Terras de 1850 e na doutrina do *indigenato* de João Mendes Júnior (1912). A antropóloga demonstra que a legitimidade dos direitos e da proteção constitucional indígena tem duas origens, uma é

da sua condição de minoria, no sentido que eu estava colocando anteriormente, ou seja, as sociedades indígenas são particularmente vulneráveis, todos sabemos disso. É por isso que o Marechal Rondon disse que o Brasil tinha para com os índios uma grande dívida, a grande dívida de preservar a possibilidade de eles sobreviverem. Quando Rondon iniciou o Serviço de Proteção aos índios, debate que se travava era entre o extermínio total dos índios e a possibilidade de lhes dar um futuro, e a política seguida, a partir daí, foi a de preservar a possibilidade, ou seja, a possibilidade de sobrevivência, a possibilidade de proteger o encontro que sempre foi fatal quando travado diretamente entre a sociedade envolvente e os índios. O Estado tomou para si a responsabilidade de uma proteção especial. Essa proteção especial é decorrente da vulnerabilidade dos índios (BRASIL, 1987b).

Entretanto, quanto ao direito territorial indígena, a proteção constitucional de tal direito não é uma decorrência da vulnerabilidade dos povos indígenas, mas

o reconhecimento que vem desde a Colônia, de que os índios são os primeiros ocupantes do Brasil. Isso foi reconhecido desde o século XVI, quando se discutiu, por exemplo, se o Papa Alexandre VI tinha o direito de ficar traçando a linha de Tordesilhas e dando terras a leste e a oeste para Portugal e Espanha. Com que direito ele dava essas terras? E tratadista do século XVI, em particular. Francisco de Vitória, que é o fundador do Direito Internacional, foi muito taxativo, quer dizer, não havia soberania do Papa para discutir essas terras. Ele podia dar um direito de missão. As terras, na verdade, pertenciam aos índios. Era uma discussão que tinha um impacto político evidente. Havia quem sustentasse, por exemplo, que os índios, não conhecendo a verdadeira fé, não tinham verdadeira soberania, ou que, estando em estado de pecado, não podiam ter verdadeiro domínio sobre suas terras. Apesar de muito conveniente para as Coroas portuguesa e espanhola se negassem os direitos territoriais aos índios. Apesar disso prevaleceu no Direito, particularmente com Francisco de Vitória, que os índios eram verdadeiros senhores de suas terras. Estou enfatizando este ponto para mostrar que toda legislação colonial subsequente para o Brasil e para o Maranhão, durante toda a Colônia reconheceu esses direitos originários dos índios, pelo simples fato de eles serem os primeiros ocupantes.

Na própria Lei das Terras, em 1850, está implícito, e quem o sustenta muito bem é João Mendes Júnior em seu livro, um livro de 1912, que intitulava "Os Índios – Seus Direitos individuais e Políticos", os títulos indígenas sobre suas terras não necessitam de revalidação, eram títulos congênitos, eram títulos originários.

Não vou estender-me aqui, porque não teria tempo, mas é importante se perceber que há dois tipos de direitos para os índios: um, que deriva, portanto, da vulnerabilidade das suas sociedades, outro, que deriva da sua condição de primeiros ocupantes dessas terras, e que é uma tradição. Só queria lembrar aqui que é uma tradição jurídica brasileira, porque não só na Colônia, não só no Império, nas Constituições brasileiras, desde 1934, 37, em 46, em 67 e em 69, todas elas têm um artigo, um ou mais artigos até, sobre os Direitos Territoriais Indígenas. As terras ocupadas pelos índios são de sua posse permanente, é o texto atual do art. 198. São, portanto, direitos históricos. Qual é a natureza dessas terras indígenas? Estou enfatizando a questão das terras porque, hoje, é basicamente uma questão de terras, uma questão de riquezas naturais, principalmente de mineração, e uma questão de fronteiras (BRASIL, 1987b).

Outro tema bastante elucidativo na fala da antropóloga Manuela Carneiro da Cunha (BRASIL, 1987b) foi quanto aos indígenas na fronteira, que sempre é utilizado para alegar como uma suposta vulnerabilidade da soberania do país.

Quanto às fronteiras, é muito irônico, que durante a Colônia, os índios fossem usados ao mesmo tempo como problema de mão-de-obra escrava e também como problemas de fronteira. Ao inverso do que é hoje, os índios eram usados, durante toda a Colônia para garantir as fronteiras brasileiras. Eles eram chamados de as "muralhas do sertão". Ironicamente, hoje, se põe em dúvida hoje.

Consta do Projeto Calha Norte, que está sendo implementado, que os índios não são bons defensores das fronteiras, por isso, não se deve assegurar terras indígenas na faixa de fronteira. É uma gritante injustiça, inclusive histórica.

Quanto ao direito territorial, Manuela Carneiro da Cunha (BRASIL,1987b) inaugura os debates da Constituinte esclarecendo que “os índios têm na terra o suporte da sua identidade. A terra é absolutamente necessária à sua reprodução física e cultural também. Este é ponto pacífico, que não necessita de mais explicações, mas é importante que se lembre que as terras indígenas são um habitat”.

A antropóloga recordou o já mencionado julgado do Supremo Tribunal Federal, de Relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, segundo o qual a “terra indígena é exatamente um habitat do grupo indígena, o que significa não simplesmente o lugar em que mora, as suas casas, as suas roças, mas todo o seu meio ambiente” (BRASIL,1987b).

Em contraposição, há uma histórica tentativa de relativizar esse direito com a alegação fundada no temor de prejuízo ao desenvolvimento do país, como o exemplo dado por Carneiro da Cunha, que conforme noticiado pela “Coluna do Castello”, no Jornal do Brasil, em um encontro entre empresários e o então Presidente José Sarney em Itatinga, no interior do Estado de São Paulo, se mencionou que “os índios teriam 70 milhões de hectares de terras, e que isso era irracional e prejudicava o desenvolvimento do País” (BRASIL,1987b).

Nesse ponto a antropóloga se contrapôs aos argumentos de atemorização dizendo que os dados são incorretos, sob a seguinte perspectiva, se

o total de terras demarcadas é de 12 milhões de hectares, e a FUNAI demarcou apenas 32% das terras identificadas, regularizou plenamente, ou seja, com decreto presidencial e registro no SPU, apenas metade dessas terras. Essas terras são 13,5% do estoque total das terras dos estabelecimentos ditos produtivos. Estes são dados dos Censos, são 13,5% do estoque total das terras produtivas. As terras mantidas improdutivas pelos seus proprietários são mais de 20 vezes essa quantidade (BRASIL,1987b).

Alegou que, o risco de fato está na não demarcação das terras indígenas e na lentidão dos processos demarcatórios, que “deixa descoberto uma série de terras para as quais os índios têm atualmente direitos constitucionais” (BRASIL,1987b). Carneiro da Cunha (BRASIL,1987b) reforçou que o não reconhecimento do direito territorial indígena pela nova constituição seria “uma quebra de toda a tradição jurídica” e um retrocesso em relação às “mesmas garantias que Constituições autoritárias asseguraram”.

Afirmou que a demarcações, embora previstas desde o Estatuto do Índio, que é de 1973 e o art.198 da Constituição de 1969 fosse autoaplicável, não aconteceu por conta dos interesses econômicos sobre os territórios indígenas, principalmente no que se refere à mineração, pois apenas em 1987 havia “137 alvarás de pesquisa mineral em áreas indígenas; 163 alvarás estão em

terras demarcadas; 364 em terras não demarcadas”.<sup>25</sup> Interessante a observação da Antropóloga de que a lentidão dos processos de demarcação

favorecem a invasão. Por quê? Porque se diz: Se não há definição de terras indígenas, como é que se sabe que não se pode dar um alvará de pesquisa mineral? Isto, enfim, leva à questão da mineração em áreas indígenas, que vai ser, certamente, um lugar de grande tensão na discussão da questão indígena aqui (BRASIL,1987b).

Tal observação será retomada adiante para entender os efeitos da delimitação temporal para o reconhecimento do direito territorial indígena para as áreas ocupadas até 1988.

A questão indígena voltou a ser discutida na fala do também constituinte Florestan Fernandes (BRASIL,1987b), que embora tratasse mais profundamente do preconceito sofrido pelos negros, fez uma síntese da postura dos Estados coloniais com as comunidades nativas, como se observa:

O grande obstáculo que os indígenas encontraram para se defender contra a conquista portuguesa estava no fato de que a organização tribal impedia a unidade deles, o aparecimento de formações sociais que pudessem enfrentar a invasão portuguesa. Na medida em que eles não tiveram condição de desenvolver uma formação social capaz de resistir ao branco, acabaram ficando expostos a uma política de divisão que os brancos manejaram com muita habilidade, lançando grupos indígenas contra outros, ajudando os brancos a dizimar as populações nativas, e foram vítimas também de incursões montadas pelos brancos para o extermínio sistemático das populações nativas.

O deputado Florestan Fernandes<sup>26</sup> (BRASIL,1987b) fez um importante registro de como a política indigenista colonial influenciou no deslocamento dos povos indígenas ao mencionar que a única maneira que os índios Tupi encontraram para fugir da escravidão e da dizimação total foi a chamada “fuga para o sertão”, assim,

na medida em que os brancos penetravam e ampliavam suas fronteiras, os indígenas tiveram de recuar para conseguir, através do isolamento, condições de autoproteção e de autodefesa. E assistimos hoje ao fim desse processo, os indígenas não têm hoje mais para onde fugir. Eles não podem fugir, não existem mais áreas capazes de assegurar proteção.

Na mesma linha do que havia sido dito por Maria Manuela Carneiro da Cunha, Florestan Fernandes (BRASIL,1987b) afirmou que embora houvesse a edição de uma legislação protetiva a partir do General Rondon, ela nunca impediu a invasão das terras indígenas motivada pelas

---

<sup>25</sup> Segundo Carneiro da Cunha dos 537 alvarás de pesquisa mineral em áreas indígenas, apenas 10% são de sociedades empresárias estatais brasileiras; 50% são nacionais brasileiras e 40% são multinacionais (BRASIL,1987b).

<sup>26</sup> Obteve o título de Mestre em 1947, ao dissertar sobre A Organização Social dos Tupinambás. E no início da década de 50, defendeu sua tese de doutorado, A Função Social da Guerra na Sociedade Tupinambá.

riquezas minerais ou para destinar à agropecuária em grande escala, chegando extremo do próprio

exército ser um instrumento usado por empresas nacionais e estrangeiras para desalojar os indígenas das áreas em que estes ainda podem sobreviver. Inclusive se usa a artimanha de dizer que é preciso dar cidadania plena ao indígena para que ele decida sobre o seu destino, possa dar uma utilidade maior às suas terras, até negociá-las. É uma maneira de levar à destruição, a limites inconseqüentes. Portanto, aí temos todo um conjunto de problemas muito graves, que temos que enfrentar com coragem. A legislação a respeito das populações indígenas tem que seguir pautas novas.

Assim, concluiu Florestan Fernandes (BRASIL,1987b) que durante o período ditatorial que se encerrava, o movimento indígena desenvolveu o debate em torno do conceito de nacionalidade e defendeu a ideia de que não podiam ser tratados como “minorias irresponsáveis, mas como nações que vivem dentro do solo brasileiro e devem dispor e desfrutar das regalias e das proteções de uma nação dentro do País”.

Na segunda apresentação, na 8ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, realizada em 29 de abril de 1987, a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha (BRASIL,1987b) tratou diretamente da mudança no debate jurídico nos últimos 50 anos, com uma evolução do direito brasileiro e do direito internacional quanto à questão dos povos indígenas, “tanto na sua concepção dentro da política quanto na antropologia em particular”.

Cameiro da Cunha (BRASIL,1987b) citou como exemplo o Código Civil de 1916 que previa que o destino natural das populações indígenas seria chegar a uma espécie de “término adequado”, que nada mais era do que o nosso modelo de sociedade.

Essa perspectiva justificou um programa que se queria não discriminatório, que permitia o acesso de todos os que eram diferentes de nós a uma condição idêntica a nossa, ou seja, uma perspectiva sem dúvida generosa, mas de uma arrogância extrema.

Hoje em dia, na verdade, o que se difundiu – e aí realmente não lmito à antropologia – é o reconhecimento, finalmente, dos valores das sociedades diferentes e, em particular, das sociedades indígenas, e do valor que elas representam para o patrimônio cultural da humanidade. E, nesse sentido, o Brasil é muito rico, tem mais de 170 sociedades indígenas, portanto, contribui para o patrimônio cultural da humanidade, com uma diversidade extraordinária de formas de sociabilidade e de formas de uso do território.

As sociedades indígenas têm sido apresentadas casuisticamente – evidentemente isto já ficou claro, me parece, nas exposições anteriores – como empecilhos ao desenvolvimento. Toda a argumentação em torno da amplidão, suposta, das terras indígenas. É uma amplidão real, na verdade, mas é preciso entender qual é o sentido desse território, – e vou chegar a isto no momento –. Mas toda essa discussão se prende à idéia de que os índios obstam o desenvolvimento do País.

Queria lembrar, sobre isso, que aí também a perspectiva internacional mudou. Da mesma maneira que, agora, os grupos diferentes, os grupos indígenas, em particular, estão sendo vistos como tendo não dever de se assimilarem a nós, mas sim um direito a esta diferença específica, da mesma maneira, também, nos fóruns internacionais está-se proclamando o direito dos índios ao que se chamou, recentemente – em 1981, foi cunhado o termo, ou melhor, foi aceito em um fórum internacional importante, que é a UNESCO – uma recomendação para que se procure o etnodesenvolvimento.

Nesse momento, Carneiro da Cunha (BRASIL,1987b) fez referência à “Reunión de Expertos sobre Etnodesarrollo Y Etnocídio em América Latina”, uma reunião internacional patrocinada Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales e a Organização das Nações Unidas pela Educação, a ciência e Cultura (UNESCO), realizada em San José da Costa Rica, em 1981, que resultou na Declaração de San José em que foi afirmado o seguinte:

Entendemos, afirmamos, que o etnodesenvolvimento é um direito inalienável dos grupos indígenas. Entendemos por etnodesenvolvimento a ampliação e consolidação das esferas de cultura própria, através do fortalecimento da capacidade autônoma de decisão de uma sociedade culturalmente diferenciada, para orientar o seu próprio desenvolvimento e o exercício da autodeterminação, qualquer que seja o nível que as considera, o que implica uma organização equitativa e própria do poder. "Isto significa, –continuo lendo a Declaração de Costa Rica –"que o grupo étnico é unidade político-administrativa, com autoridade sobre o seu território e capacidade de decisão no âmbito do seu projeto de desenvolvimento dentro de um processo de crescente autonomia e autogestão.

Aí se continua, inclusive, dizendo o seguinte: “Como criadores, exportadores e reprodutores de uma dimensão civilizatória própria, como restos únicos e específicos do patrimônio da humanidade, os povos, nações e etnias indígenas da América são titulares, coletiva e individualmente, de todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais hoje ameaçados”.

Assim, foi esclarecido aos Parlamentares Constituintes que o conceito de desenvolvimento, tanto nacional como internacionalmente, já era entendido a partir da participação de povos minoritários, que não podem mais ser desconsiderados dentro desse processo. Portanto ao modelo assimilacionista é oposto à participação desses povos nos processos decisórios que os afetam. Trata-se, de

uma inovação total, porque o que acontece hoje é que as terras indígenas são literalmente tratadas como terras de ninguém e são tratadas assim não só pelos que as invadem diretamente, pequenos agricultores empurrados para dentro das áreas, mas pelo próprio Executivo, que se utiliza das brechas deixadas na legislação, e, em particular, de um artigo de triste memória, que é o art. 20 do Estatuto do Índio<sup>27</sup>, que permite intervenção em áreas indígenas, a pretexto de

---

<sup>27</sup> Art. 20. Em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiante enumerados, poderá a União intervir, se não houver solução alternativa, em área indígena, determinada a providência por decreto do Presidente da República.

relevante interesse nacional, e que trata a terra indígena como a primeira opção para inundações por barragens, entra, corta as terras indígenas por estradas e usa, em suma, as terras indígenas como se não tivessem titulares (BRASIL,1987b).

Ao final, a antropóloga informou que a proposta de texto constitucional apresentada na 3ª Reunião da Subcomissão pelos Idjaruri Karajá, Raoni Txucarramãe, Marcos Terena, Mário Juruna e Airton Krenak, no dia 22 de abril, apoiado pela Associação Brasileira de Antropologia, é fruto de dez anos de discussão. Quanto ao artigo que se refere expressamente as terras indígenas não demarcadas, houve um cuidado especial, ante o

risco real de que se redemarquem terras, a pretexto de que seriam excessivas, de que estão invadidas, a pretexto de que se cria um problema social, ou seja, terras que já estão garantidas e há um caso óbvio, que é o caso já citado na disposição da Constituição de 1934, que é o caso dos Pataxó, no sul da Bahia (BRASIL,1987b).

### 3.3. A PARTICIPAÇÃO E OS TEMAS ABORDADOS PELA SOCIEDADE CIVIL E POR JURISTAS NA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE: A PROPRIEDADE FUNDADA NO MODO SOCIAL E A NECESSIDADE DE SE ESTABELECEM INSTRUMENTOS QUE POSSIBILITEM A DEFESA DOS DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS

De acordo com os anais da Assembleia Nacional Constituinte, na 8ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, realizada em 29

---

1º A intervenção poderá ser decretada:

- a) para pôr termo à luta entre grupos tribais;
- b) para combater graves surtos epidêmicos, que possam acarretar o extermínio da comunidade indígena, ou qualquer mal que ponha em risco a integridade do silvícola ou do grupo tribal;
- c) por imposição da segurança nacional;
- d) para a realização de obras públicas que interessem ao desenvolvimento nacional;
- e) para reprimir a turbação ou esbulho em larga escala;
- f) para a exploração de riquezas do subsolo de relevante interesse para a segurança e o desenvolvimento nacional.

2º A intervenção executar-se-á nas condições estipuladas no decreto e sempre por meios suasórios, dela podendo resultar, segundo a gravidade do fato, uma ou algumas das medidas seguintes:

- a) contenção de hostilidades, evitando-se o emprego de força contra os índios;
- b) deslocamento temporário de grupos tribais de uma para outra área;
- c) remoção de grupos tribais de uma para outra área.

3º Somente caberá a remoção de grupo tribal quando de todo impossível ou desaconselhável a sua permanência na área sob intervenção, destinando-se à comunidade indígena removida área equivalente à anterior, inclusive quanto às condições ecológicas.

4º A comunidade indígena removida será integralmente ressarcida dos prejuízos decorrentes da remoção.

5º O ato de intervenção terá a assistência direta do órgão federal que exercita a tutela do índio.

de abril de 1987, foram ouvidos: Dom Erwin Krautler, Presidente do Conselho Indigenista Missionário, e Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Procurador do Estado do Paraná e representante da Criação do Parque Yanomami e da Comissão Pró-Índio de São Paulo (BRASIL,1987b).

Dom Erwin Krautler (BRASIL,1987b) deixou claro em sua fala que a sobrevivência dos povos indígenas dependia fundamentalmente dos seus direitos territoriais, cujo prazo previsto no Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) de cinco anos para demarcação já havia expirado há muito, afirmando que

se pretende ter demarcado, de 1985 até agora, 13 milhões de hectares de terras indígenas, quando, em realidade, segundo os próprios dados oficiais, delimitou-se e/ou homologou-se um total de pouco mais de 8 milhões de hectares. O dado fica extremamente relativizado quando comparado com o total de terras ainda por identificar e demarcar. Neste ponto, é oportuno advertir que a terra indígena não é mero fator de produção, mas o verdadeiro e insubstituível habitat do Povo que a habita. Ao falarmos das terras indígenas, estamos mencionando as “pátrias” dos índios, caracterizável pelo só significado econômico que possam ter. Os territórios indígenas não são fazendas dos índios. Sua dimensão não se pode reduzir, portanto, à mera e simplista relação família/hectare.

O missionário mencionou que não se poderia mais admitir, à margem da lei ou mercê das omissões de lei, a manutenção do que ele chamou de “guerra sem quartel” contra os povos indígenas, que têm direito ao futuro, e para isso

é indispensável considerar devidamente as relações dos índios com a terra, reconhecendo-lhes os direitos originários sobre os territórios que ocupam, sem matizar-lhes daquelas exceções que acabam por derrogar a regra. Por isso, o direito dos índios à terra deve incluir seu direito também ao subsolo e ao usufruto de todas as riquezas naturais aí existentes, incluindo os cursos fluviais. Deve-se também garantir o respeito à próprias organizações indígenas, suas tradições, costumes e línguas. À proteção dos direitos indígenas deve atribuir-se a instituição independente, que reúna as condições para desincumbir-se adequadamente deste dever. A União, por outro lado, deverá zelar pela proteção às terras, à vida, à educação dos índios, respeitada sua especificidade etno-cultural (BRASIL,1987b).

O jurista Carlos Frederico Marés de Souza Filho (BRASIL,1987b), por sua vez, relatou aos constituintes a experiência da vida jurídica no acompanhamento aos povos indígenas diante da muitas vezes, intransponível barreira da legislação brasileira, como se confirma nos trechos seguintes:

Infelizmente, muitas vezes o direito não é reconhecido porque não é estabelecido na lei. O que temos de fazer é que transpareça claramente nessa nova Constituição o fato de que os direitos dos índios são anteriores a própria lei e têm origem na própria existência dos índios, na sua formação social, na sua existência enquanto sociedade, enquanto povo, enquanto Nação. Isso pelo simples fato da sua organização social não ser uma organização estatal, e não

estar assentada na lei escrita, não significa que não haja para esta Nação direitos recíprocos entre eles e direitos à terra, à vida e à cultura

Nesse entendimento é básico e fundamental que o respeito às nações indígenas, o respeito ao conjunto do que chamamos de grupo indígena, seja não apenas aqueles meros estabelecimentos legais. Apenas quando se diz que a terra é garantida na medida em que for localizada: apenas quando se diz que uma montanha sagrada ou um sítio onde enterram seus mortos será garantido se houver lei que o respalde.

Portanto, Souza Filho (BRASIL,1987b) defendeu que a anterioridade do direito indígena seja reconhecido expressamente pelo novo texto constitucional “pelo só fato de estarem embutidas na cultura indígena daquele povo, naquele local e naquele momento”, mantendo a tradição do direito constitucional brasileiro em qualificar como original o direito territorial indígena,

desde o tempo da colônia, essa tradição quando encontra os tribunais e por ela não estar clara e decididamente posta em texto, os tribunais têm dado entendimento diverso. Porque os tribunais brasileiros, até pela formação que temos nas escolas jurídicas, têm uma formação positivista no sentido de que só há direito quando a lei o estabelece.

Souza Filho (BRASIL,1987b) prosseguiu em sua fala observando que já havia uma tendência do Direito contemporâneo em estabelecer a propriedade, fundada e baseada num modo social, e que a terra indígena, por seu próprio conceito, por sua própria especificação imediata como ela é usada, se reveste dos mais profundos usos sociais possíveis. Ele observou que o

uso social não apenas no sentido de que ela é usada em benefício da sociedade toda, porque os índios não usam a terra como uma exploração para excedentes, mas apenas para reprodução local. Acima de tudo ela é social, no sentido de que os índios a utilizam socialmente como comunidade. Elas pertencem a uma comunidade e são usadas como comunidade.

Nesse tipo a comunidade indígena é muito mais social, tem o uso muito mais social da terra do que tem qualquer cooperativa ou qualquer organização coletiva.

Se entendermos as terras indígenas fundadas nos usos, costumes, tradições indígenas e entendemos que esse direito independe da lei, e estabelecemos na Constituição de que esses direitos antecedem, precedem a própria lei e que não é necessário sequer a formulação de leis para garanti-los, é, porém, absolutamente necessário que a lei se estabeleça e que esse direito se preserve. Porque muitas vezes essa questão do direito originário dos direitos indígenas em geral, a questão de que os índios têm previamente direito antes da lei, recente, a possibilidade de uso absoluto pelos índios, inclusive em contratos danosos a si e à cultura.

Souza Filho (BRASIL,1987b) alerta aos constituintes ao papel do Estado no tênue limite entre a fiscalização contra contratos danosos às comunidades e a intervenção dentro dos povos indígenas, para

limitar a possibilidade de entradas em terras indígenas por invasão ou a exploração à terra indígena. E a lei tem que estabelecer como serão dadas essas garantias. Mas essas garantias tem que ir até o ponto exato onde não haja intervenção, ou seja, o Estado tem que ser entendido como um aparelho protetor, e apenas protetor. No momento em que ele passa a barreira e passa a ser um aparelho interventor, ele está, evidentemente, ultrapassando os limites das garantias constitucionais às terras e aos usos e costumes e tradições indígenas.

Ao final, Souza Filho esclareceu aos membros da Subcomissão a necessidade de se estabelecer já no texto constitucional os instrumentos que possibilitem a defesa desses direitos territoriais originários, posto que, de acordo com a sua observação empírica, muitas vezes a defesa judicial desses grupos é impossibilitada ante o não reconhecimento desses direitos processuais como o direito de ação, que era dado a poucos na questão indígena.

#### 3.4. AS REIVINDICAÇÕES TERRITORIAIS DAS LIDERANÇAS INDÍGENAS: “*ESSE POVO NÃO PODE SER REPRIMIDO, ESSE POVO NÃO PODE SER ESPREMIDO, ESSE POVO NÃO PODE SER ISOLADO, ESSE POVO TEM QUE SER ATENDIDO*”.

Do que conta nos anais da Assembleia Nacional Constituinte, na 11ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias há uma participação das lideranças indígenas Pangran Ubenkran-Grem, (Kaiapó), Estevão Tauka (Bakairi), Nelson Sarakura (Pataxó), Gilberto Macuxi, Kromare Metotire, Pedro Cornélio Seses, Valdomiro Terena, Hamilton Lopes (Caioá), Antonio Apurinã e Ailton Krenak, que além de acrescentarem ou ratificarem a proposta apresentada em abril, aproveitaram para denunciar as inúmeras violações que estavam sofrendo à época (BRASIL, 1987b).

Entretanto, é relevante registrar a participação dos povos indígenas na Assembleia Nacional Constituinte se deu dentro de um espaço público consentido aos intérpretes (lideranças indígenas) dos intérpretes (comunidades indígenas), que de fato é um limitador da ampla compreensão da realidade e não incorpora plenamente os indígenas no debate que tinha por objetivo a redação do texto constitucional.

Ainda sim, foram relevantes as participações das lideranças, a exemplo de Pangran Ubenkran-Grem, indígena Kaiapó, (BRASIL, 1987b) segundo o qual

Há muitas nações, há muitas aldeias lá no Pará, no Xingu. É muito ruim lá nas nações. Madeiras e fazendeiros entram e garimpeiros também. É muito complicado. Nós e nosso Cacique estamos preocupados porque, antigamente, o índio mesmo trabalhava na terra dele.

Estevão Tauka (BRASIL,1987b), representando o povo indígena Bakairi, apresentou uma proposta formulada em Cuiabá, após ter sido debatida exaustivamente na área indígena de seu povo, na qual se norteia pelos seguintes princípios:

- 1) os direitos indígenas assegurados na Constituição de 1946 são mantidos e ampliados para melhor definição da cidadania indígena;
- 2) os grupos indígenas são reconhecidos como sociedades e etnias diversas no conjunto da sociedade nacional;
- 3) as línguas indígenas faladas no território nacional são reconhecidas como idiomas;
- 4) as terras da União, a saber, solo e subsolo, ocupadas por grupos indígenas e sua descendência, são reconhecidas como sua propriedade coletiva;
- 5) a permissão e negociação de entrada de não-índios em territórios tribais são de direito exclusivo dos povos indígenas;
- 6) A manutenção do ensino indígena é dever do Estado e responsabilidade da União;
- 7) a decisão sobre estradas de acesso de territórios tribais ao sistema rodoviário é reservada aos grupos indígenas, cabendo à União a abertura e manutenção dessas vias;
- 8) as Unidades Federadas que possuam grupos tribais em sua área político administrativa deverão implantar órgão próprio de encaminhamento de assuntos indígenas relativos a sua área em articulação com o órgão central do Governo Federal.

No que se refere ao direito territorial indígena, Estevão Tauka (BRASIL,1987b) propôs “transferir a propriedade das terras ocupadas por grupos indígenas para os mesmos de forma coletiva com registro próprio, sem prejuízo das obrigações do Estado com relação à proteção do patrimônio indígenas”. Ainda quanto ao meio ambiente os Bakairi propuseram a proibição da mineração em áreas, além da criação de programas federais de preservação dos mananciais e recuperação da sua vegetação ciliar em áreas indígenas.

Ao final de sua fala Estevão Tauka (BRASIL,1987b) chamou a atenção a denuncia que é trazida posteriormente pelo indígena Nelson Sarakura (Pataxó), de que a Fundação Nacional do Índio, sob a presidência de Romero Jucá Filho, havia emitido uma certidão de que na região de Porto Seguro e Ilhéus, berço da chegada dos colonizadores portugueses não havia indígenas.

Após a fala de Nelson Sarakura, foi a vez Gilberto Macuxi (BRASIL,1987b) que trouxe o caso de Raposa Serra do Sol, registrando que os índios lutavam para sobreviver em sua própria terra, onde estavam sendo marginalizados e escravizados, “porque não temos nossa demarcação

da terra Macuxi, que é uma área que estamos lutando há muito tempo, uma área única que tem os Macuxi, Wapixana, Igarikó, Taurepan, que vivem nessa área única”, e prosseguiu:

Eu, como Liderança indígena, venho trazer esta proposta para a Assembleia Nacional Constituinte: não esquecer a imagem do índio, não integrar o índio, não colonizar o índio, porque se colonizar, o índio vai viver isolado, como já vem acontecendo, porque querem integrar o índio na sociedade branca para aproveitar a fraqueza do índio porque já está integrado. Por isso, venho falar a respeito disso, porque queremos respeito ao direito do índio. Estamos organizando um conselho regional, um conselho territorial e isto tem que ser colocado na Constituição.

[...]

Nós precisamos ter nossa demarcação nesta Constituição. Tem que sair Já chega de os índios sofrerem, os índios são um povo que tem consciência, não é um povo que tem ganância, o branco tem ganância de tomar a terra do índio. O índio tem consciência, porque ele não tem ganância de roubar nada que é do branco.

[...]

Quero que o povo indígena resida, durante todo tempo eles viveram em seus locais, com seus costumes e sua tradição. Muito obrigado a todos.

Em seguida DAVI YANOMAMI (BRASIL,1987b) fez uma fala de reafirmação da sua identidades étnica e da relação disso com a necessidade de um território demarcado e protegido antes os grande empreendimentos de interesse do Governo Federal:

Os brancos dizem para gente que a terra não é do índio, mas estão enganados, porque há muitos anos já vivem os índios, até hoje, por isso que estão até vendendo as nossas terras para usar o povo indígena. E também os brancos falam que aquele que não falar a língua Yanomami, ele não acredita que é índio. Eu falo a nossa língua, eu canto sou pajé, falo mais a nossa língua do que o português. O português é outra língua, não sei falar bem. Uso melhor a nossa língua, essa língua que estamos quase vendendo, também para não acabar, para os brancos não acabarem a nossa língua, para nos tomarmos brancos. O índio nunca vai ficar branco .

Nós continuamos índio, nós não queremos mudar para o mundo do branco; nunca vamos mudar e está traduzido o que eu falei na nossa língua.

Aos Senadores e Deputados que estão aqui, estão me conhecendo agora, porque é a primeira vez que eu falo em microfone , como os brancos falam e então nós também queremos parar, também para escutar. Só que eu falo mais a nossa língua.

Os garimpeiros estão enchendo nossa área. Nós, índios Yanomamis estamos pedindo para nos ajudar a retirar os garimpeiros, porque se não tirarem logo agora vai encher.

Kromare Metotire (BRASIL,1987b) trouxe ao debate a discussão central para esse estudo, ao afirmar que “agora a terra está pouca para índio, igual casa de pombo, tá marcada, mas onde índio vai caçar? Onde índio vai fazer festa? Onde ele vai fazer roça? Tem que marcar uma terra maior para índio, índio também está aumentando, não é só branco que está aumentando, índio também. Índio vai crescer, vai aumentar, cadê terra?”

Na mesma linha seguiu Pedro Cornélio Seses (BRASIL,1987b), conhecido também como Pedro Kaingang, ao questionar se “será que só essa tara serve para nós? E o futuro das crianças? Será que eu não precisaria de um espaço maior para acomodação dessas crianças? É possível? É possível, mas é preciso cumprir as leis” e afirma:

É preciso conscientizar toda política, é preciso conscientizar todo o Senado, toda a Câmara dos Deputados, é preciso lutar conscientemente em defesa do povo. Esse povo não pode ser reprimido, esse povo não pode ser espremido, esse povo não pode ser isolado, esse povo tem que ser atendido. É uma obrigação da Nação, não é obrigação do índio vir a público questionar uma questão, implorando.

[...]

Quero deixar a todos, ao Presidente, um documento a mais. Tenho certeza de que dentre todos esses documentos, vindo de todas as nações indígenas, será tirado um. E tomara que seja o melhor para nós, seja ele, em mais curto espaço de tempo, a demarcação de nossas terras. Mas é preciso conscientizar a todos de que não é apenas isso o que interessa, mas o direito à segurança dessas terras. Não adianta demarcarmos a terra e não estarmos conscientizados também de dar o direito ao índio, com documentação entregue a ele. É possível fazer muita coisa, mas o que o índio exige não é terra simplesmente, mas o direito de preservá-la e o direito de segurança nela.

Isso não cabe somente ao índio, mas a parte jurídica, aos Deputados, aos Senadores, ao Presidente Sarney conceder o direito de posse permanente ao índio. É preciso preservar e segurar, dar apoio ao índio.

Ainda falaram Valdomiro Terena, Hamilton Lopes (Caioá), Antonio Apurinã (BRASIL,1987b) que, demonstrando a plena consciência do momento histórico que estavam vivendo, registrou:

O que me trouxe até aqui não foi só a questão indígena que está sendo debatida, a preocupação é mais ampla, em forma de Constituinte: é a preocupação de que não se deve pensar em ficar esperando a Grande Lei, que está sendo elaborada neste momento e que para nós, índios, representa muito mais, porque nós somos brasileiros e devemos estar atentos e informados sobre normas que se pretendem dirigir a nós (*sic*).

[...]

Qual é o nosso destino daqui para frente? O índio, como um todo, precisa da força política, precisa que os Constituintes reconheçam o massacre dos seus antepassados; hoje precisamos estar atentos para que isso não mais aconteça no futuro.

Ailton Krenak (BRASIL,1987b), Coordenador Nacional do Movimento Indígena, o último a se manifestar, asseverou que

a responsabilidade dos Constituintes de hoje é a de fazer o que o Estado nunca fez, que é firmar um tratado de paz com o povo indígena, que será uma pré-condição para nossa vida, uma pré-condição para iniciarmos os entendimentos, para iniciarmos a cooperação, porque até agora não houve condição para isso, até agora houve uma guerra surda, até agora foi o Executivo agindo às escondidas contra o povo indígena.

### 3.5. O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL DO ART.231,§1º NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

Além do debate acerca do direito territorial indígena, em outra frente, a CNBB e o CIMI encaminharam uma proposta à Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, que integrava a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, a proposta de a Constituição de 1988 declarar o Brasil como uma “República Federativa e pluriétnica”, reconhecendo os povos indígenas como “nações”, além do caráter “multinacional” do Estado brasileiro (LACERDA, 2010).

De acordo com o registrado por Lacerda a proposta foi defendida pelo advogado e assessor jurídico do CIMI, Paulo Guimarães, segundo o qual

O Brasil não é constituído por uma única nação, é constituído de várias nações pequenas que se articulam num único Estado”, esclarecendo que tal reconhecimento não implicaria na ruptura da unidade territorial do país. Mostrando sua insatisfação com a proposta do Cimi. o Senador Francisco Rollemberg (PMDB-SE) expressava, de modo contrário, a necessidade de os índios serem convidados “a participar da vida nacional, construir uma grande Nação, dando-nos as mãos. falando a mesma língua, invocando o mesmo Deus e a mesma religião”, ou seja, mantendo a perspectiva assimilacionista dos povos indígenas à sociedade nacional envolvente (LACERDA, 2010:145).

Assim, embora não tenha preponderado a proposta encampada pela CNBB e pelo CIMI de reconhecimento de um Estado pluriétnico e multinacional, o que estava na vanguarda do debate jurídico, também não se sobressaiu a ideia de assimilação propugnada pelo Senador Francisco Rollemberg.

Como se observa no Relatório da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias (BRASIL,1987c), o reconhecimento do caráter pluriétnico da sociedade brasileira foi a fundamentação central do Parecer, para justificar as normas constitucionais que regulamentariam a questão indígenas, tanto o direito territorial quanto à proteção jurídica decorrente do seu caráter minoritário:

A proteção aos direitos das populações indígenas se deu amplamente, no reconhecimento do caráter pluriétnico da sociedade brasileira e no tratamento dos dois principais problemas que afetam tais populações; a questão da terra e a questão da proteção jurídica dos índios.

Quanto à terra, reconhecendo-se que para os índios ela significa a própria vida, estipulou-se que eles têm o direito o sua posse permanente, e procurou-se garantir sua demarcação definitiva, estabelecendo-se o prazo máximo de 4

(quatro) anos para realização desse trabalho pelo Estado, garantindo-se que, iniciados os trabalhos, um mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) do total das terras por eles ocupadas deva ser demarcado anualmente.

De acordo com o Relatório (BRASIL,1987c), a fixação do prazo de 4 (quatro) anos teve como razão a quantidade de terras indígenas que na época se imaginavam existentes, as quais estavam estimadas em 79 (setenta e nove) milhões de hectares, pela FUNAI, dos quais apenas 25 (vinte e cinco) milhões de hectares já estavam demarcados. Assim, os Constituintes projetaram a demarcação de 25% (vinte e cinco por cento) por ano, além de garantir

às populações indígenas, com exclusividade, o usufruto das riquezas do solo, subsolo e dos cursos fluviais de suas terras, salvo nos casos de relevante interesse nacional, quando apenas à união, após aprovação do Congresso Nacional, caso a caso, e das populações indígenas envolvidas, será possível promover a pesquisa, lavra ou exploração de riquezas naturais reconhecendo-se que qualquer outra atitude, nesse campo, é incentivar medidas de invasão por empresas mineadoras, empresas madeireiras, gaimpeiros, decretando o extermínio total dessas populações.

Complementarmente, criminaliza-se a invasão das terras, responsabilizando-se, inclusive, as autoridades eventualmente envolvidas nas ações desse tipo.

Relativamente à proteção jurídica, transfere-se ao Ministério Público atuação na defesa dos índios, corrigindo-se a esdrúxula situação atual em que os índios, por estarem sob a tutela da FUNAI, não conseguem, por exemplo, recorrer judicialmente contra ela.

O Relatório (BRASIL,1987c) ainda rechaçou as propostas, supostamente atribuídas às comunidades e intelectuais ligados à causa indígena, de considerar “às nações indígenas o *status* de estado soberano e independente da sociedade brasileira”, sob a justificativa de que “colocaria os índios sob seu exclusivo arbítrio” e conduziria ao desmembramento do território e “descharacterizando a participação dos índios na comunidade nacional”.

Nesse ponto é relevante registrar que o Relatório não identifica a origem da proposta, que não foi encontrada em nenhum documento apresentado e em nenhuma fala registrada nas atas das Seções da Subcomissão.

Todavia, tal registro constante do Relatório da Subcomissão deixa claro que os Constituintes não associavam o conceito de nação e território a ideia de uma secção do Estado brasileiro, como imaginam os membros das Forças Armadas. Não havendo qualquer necessidade de construção semântica de diferenciação de povo e tribo, terra e território, como forma de impedir uma violação à soberania do Estado nacional brasileiro.

Portanto, como mencionado no capítulo de Metodologia, é necessário consignar que a diferenciação entre terra e território, bem como povo, nação e tribo não estão relacionados ao

temor de ameaça à soberania, mas a resistência em romper com instituições jurídicas que impedem o reconhecimento da coletividade enquanto sujeito de direitos e o território como espaço físico imprescindível, sem caráter mercadológico, como ocorre com a perspectiva individualista do direito.

Assim, a redação inicial da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias (BRASIL,1987c) teve o seguinte conteúdo:

#### A N T E P R O J E T O DIREITOS E GARANTIAS

Art. 1º. - A sociedade brasileira pluriétnica, ficando reconhecidas as formas de organização nacional dos povos indígenas.

Art. 2º. - Todos, homens e mulheres são iguais perante a lei, que punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos humanos e aos aqui estabelecidos.

§ 1º. - Ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, etnia, raça, cor, sexo, trabalho, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física, sensorial ou mental e qualquer particularidade ou condição social.

§ 2º. - O Poder Público, mediante programas específicos, promoverá a igualdade social, econômica e educacional.

§ 3º. - Não constitui discriminação ou privilégio a aplicação, pelo Poder Público, de medidas compensatórias visando a implementação do princípio constitucional de isonomia a pessoas ou grupos vítimas de discriminação comprovada.

§ 4º. - Entendem-se como medidas compensatórias aquelas voltadas a dar preferência a determinados cidadãos ou grupos de cidadãos, para garantir a participação igualitária de todos os segmentos étnicos e minorias no acesso ao mercado de trabalho, à educação, à saúde e aos demais direitos sociais.

#### POPULAÇÕES INDÍGENAS

Art. 10 – As sociedades Indígenas gozarão da proteção especial prevista neste capítulo, sem prejuízo de outros direitos instituídos por lei.

§ 1º. – A proteção de que trata o *caput* do artigo se dará pela implementação de medidas que visam a garantir o apoio social e econômico às referidas populações, assegurando-lhes a proteção aos bens materiais e imateriais, inclusive a preservação de sua identidade étnica e cultural.

§ 2º. – O apoio de que trata o parágrafo anterior ficará a cargo de órgão específico da administração federal, subordinado a um conselho de representações indígenas.

Art.11 - Compete, fundamentalmente, à União, assegurar às populações indígenas os seus direitos originários e sua organização social, cabendo-lhes a posse permanente das terras por elas ocupadas, bem como o usufruto exclusivo

das riquezas naturais e minerais existentes no solo subsolo, das utilidades nelas existentes, e cursos fluviais, assegurado o direito navegação.

§ 1º. – Compete, ainda, às demais unidades de Poder, de forma complementar ou suplementar, garantir os direitos de que trata este artigo.

§ 2º. – A pesquisa, lavra ou exploração de minérios e riquezas naturais, somente poderão ser desenvolvidas como privilégio da União, no caso de o exigir o interesse nacional e de inexistirem reservas conhecidas e suficientes para o consumo interno, e exploráveis, em outras partes do território brasileiro.

§ 3º. – Exigir-se-á a autorização das populações indígenas envolvidas e a aprovação do congresso nacional, caso a caso, para o início de pesquisa, lavra ou exploração de minérios nas terras por elas ocupadas.

§ 4º. – Aos índios é permitida a cata, fiação e garimpagem em suas próprias terras.

Art.12 – São terras ocupadas pelos índios, para os fins da garantia especial instituída neste capítulo e na legislação ordinária, as por eles habitadas para suas atividades produtivas, as necessárias à sua reprodução física e cultural segundo seus usos, costumes e tradições, incluídas as áreas necessárias à preservação do meio ambiente e de seu patrimônio cultural.

Parágrafo Único - As terras referidas no *caput* do artigo são de propriedade da União, sendo inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis a qualquer título, vedada outra destinação que não seja a posse e usufruto dos próprios índios.

Art.13 - A União dará início à imediata demarcação das terras reconhecidas ocupadas pelos índios, devendo o processo estar concluído no prazo máximo de 4 (quatro) anos.

§ 1º. – Caberá ao Serviço Geográfico do Exército implementar a medida prevista no *caput*, devendo, a cada ano, concluir, pelo menos, a demarcação de 25% (vinte e cinco por cento) das terras reconhecidas ocupadas pelos índios.

§ 2º. – As terras ocupadas pelos índios, e atualmente não reconhecidas, terão, quando de seu reconhecimento, sua demarcação concluída no prazo máximo de 1 (um) ano.

§ 3º. – Ficam vedadas a remoção de grupos indígenas de suas terras e a aplicação de qualquer medida coercitiva que limite seus direitos à posse e ao usufruto exclusivo previstos neste capítulo.

Art. 14 - São nulos e desprovidos de eficácia e efeitos jurídicos os atos de qualquer natureza, ainda que já praticados, tendo por objeto o domínio, a posse, o uso, a ocupação ou a concessão de terras ocupadas pelos índios ou das riquezas naturais e minerais do solo e subsolo das utilidades e dos cursos fluviais nelas existentes.

§ 1º. – Os atos que possibilitem, autorizem ou constituam invasão de terras indígenas ou restrição ilegal a algum dos direitos aqui previstos, constituem delito contra o patrimônio público da União.

§ 2º. – A União promoverá a revisão de todos os atos praticados com infringência do disposto no *caput*. É vedado aos pretensos titulares do domínio, possuidores,

usuários, concessionários ou ocupantes a qualquer título, o direito de ação ou indenização em face de pessoa de direito público ou das comunidades indígenas, salvo quanto aos pretendentes ou adquirentes de boa fé, em relação aos atos que tenham versado sobre terras ainda não demarcadas, caso em que a União responderá civilmente.

§3º. – O disposto no parágrafo anterior não exclui a responsabilidade civil ou penal das pessoas de direito privado e dos administradores e membros de poder que tenham participado, direta ou indiretamente, do processo autorizativo de alienação, concessão de uso, posse, ou qualquer outro direito incidente sobre as terras indígenas.

Art.15 - Os índios, as comunidades indígenas, suas organizações e o Ministério Público são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos interesses e dos direitos indígenas.

§1º. – A competência para dirimir disputas sobre os direitos indígenas será sempre da Justiça Federal.

§2º. – O Ministério Público tem a responsabilidade da defesa e proteção desses direitos, judicial e extrajudicialmente, devendo agir de ofício ou mediante provocação.

§3º. – A proteção compreende a pessoa, o patrimônio material e imaterial, o interesse dos índios, bem como a preservação e restauração de seus direitos, reparação de danos e promoção de responsabilidade dos ofensores.

Art.16 - Compete à União legislar sobre as garantias dos direitos previstas neste capítulo.

Parágrafo Único - A competência prevista no *caput* não exclui a competência supletiva ou complementar de outras unidades de Poder.

Com essa primeira versão a Subcomissão atribuiu à União, “fundamentalmente”, a competência de assegurar às populações indígenas os seus direitos originários e sua organização social, cabendo-lhes a posse permanente das terras por elas ocupadas (art.11). Em seguida, no art.12 estabeleceu com “terras ocupadas pelos índios” as: 1) por eles habitadas para suas atividades produtivas; 2) as necessárias à sua reprodução física e cultural segundo seus usos, costumes e tradições; 3) incluiu também as áreas necessárias à preservação do meio ambiente e de seu patrimônio cultural (BRASIL,1987c).

Comparado com o a redação final do Anteprojeto da Subcomissão das Populações Indígenas (BRASIL,1987d), que foi enviado à Comissão da Ordem Social, como se observa na transcrição abaixo, houve muito pouca alteração, sendo expresso a pluriétnica da sociedade brasileira, bem como o rol de terras reconhecidas como de ocupação indígenas:

DIREITOS E GARANTIAS

Art.1º. - A sociedade brasileiro é pluriétnica, ficando reconhecidas as formas de organização nacional dos povos Indígenas.

Art.2º. - Todos, homens e mulheres, são iguais perante a lei, que punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos humanos e aos aqui estabelecidos

§1º. - Ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, etnia, raça, cor, sexo, trabalho, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, ser portador de deficiência de qualquer ordem e qualquer particularidade ou condição social.

§2º. - O Poder Público, mediante programas específicos, promoverá a igualdade social, econômica e educacional.

§3º. - Não constitui discriminação ou privilégio a aplicação, pelo Poder Público, de medidas compensatórias visando a implementação do princípio constitucional da isonomia a pessoas ou grupos vítimas de discriminação comprovada.

§4º. - Entendem-se como medidas compensatórias aquelas voltadas a dar preferência a determinados cidadãos ou grupos de cidadãos, para garantir sua participação igualitária no acesso ao mercado de trabalho, à educação, à saúde e aos demais direitos sociais.

§5º. - Caberá ao Estado, dentro do sistema de admissão nos estabelecimentos de ensino público, desde a creche até o segundo grau, a adoção de uma ação compensatória visando a integração plena das crianças carentes, a adoção de auxílio suplementar para alimentação, transporte e vestuário, caso a simples gratuidade do ensino não permita, comprovadamente, que venham a continuar o seu aprendizado.

## POPULAÇÕES INDÍGENAS

Art. 9º. - Os índios gozarão dos direitos especiais previstos neste capítulo, sem prejuízo de outros instituídos por lei.

§1º. - Compete à União a proteção às terras, às instituições, às pessoas, aos bens, à saúde e a garantia à educação dos índios.

§2º. - A educação de que trata o parágrafo anterior será ministrada, no nível básico, nas línguas materna e portuguesa, assegurada a preservação da identidade étnica e cultural das populações indígenas.

§3º. - São reconhecidos aos índios a sua organização social, seus usos, costumes, línguas, tradições e seus direitos originários sobre as terras que ocupam.

Art.10 - A execução da política indigenista, submetida aos princípios e direitos estabelecidos neste capítulo, será coordenada por órgão próprio da administração federal, subordinado a um conselho de representações indígena, a serem regulamentados em lei.

Art.11 - As Terras ocupadas pelos índios são inalienáveis, destinadas à sua posse permanente, ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo e do subsolo, das utilidades nelas existentes e dos cursos fluviais, assegurado o direito de navegação.

§1º. - São terras ocupadas pelos índios as por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, e as áreas necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, incluídas as necessárias para preservação do meio ambiente e do seu patrimônio e cultural.

§2º. - As terras indígenas são bens da União, inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis a qualquer título, vedada outra destinação que não seja a posse e usufruto dos próprios índios.

§3º. - Aos índios é permitida a cata, fiação e garimpagem em suas terras.

§4º. - A pesquisa, lavra ou exploração de minérios e riquezas naturais, somente poderão ser desenvolvidas como privilégio da União, no caso de o exigir o interesse nacional e de inexistirem reservas conhecidas e suficientes para o consumo interno, e exploráveis em outras partes do território brasileiro.

§5º. - A exploração de madeira prevista no parágrafo anterior implica na obrigatoriedade do reflorestamento, com árvores da mesma espécie.

§6º. - Exigir-se-á autorização das populações indígenas envolvidas e a aprovação do Congresso Nacional, caso a caso, para o início de pesquisa, lavra ou exploração de minérios nas terras por elas ocupadas.

§7º. - Nos casos previstos no §4º, o Congresso Nacional estabelecerá, caso a caso, um percentual do total da produção do material explorado necessário ao custeio das despesas com a pesquisa, lavra e exploração das riquezas minerais e naturais nas terras indígenas, sendo que, o restante da produção será de propriedade exclusiva dos índios. A comercialização desta produção farse-á com a intervenção do Ministério Público, sendo nula qualquer cláusula que fixe preços ou condições inferiores àqueles vigentes no mercado interno. Caberá ao Tribunal de Contas da União fiscalizar o fiel cumprimento do estabelecido neste parágrafo, enviando ao Congresso Nacional relatório semestral fundamentado, denunciando imediatamente qualquer irregularidade verificada.

Art.12 - A União dará início à imediata demarcação das terras reconhecidas ocupadas pelos índios, devendo o processo estar concluído no prazo máximo de 4 (quatro) anos.

§1º. - Caberá ao serviço geográfico do exército implementar a medida prevista no caput, devendo, a cada ano, concluir, pelo menos, a demarcação de 25% (vinte e cinco por cento) das terras reconhecidas ocupadas pelos índios.

§2º. - As terras ocupadas pelos índios, e atualmente não reconhecidas, terão, quando de seu RECONHECIMENTO, sua demarcação concluída no prazo máximo de 1 (um) ano.

§3º. - Ficam vedadas a remoção de grupos indígenas de suas terras salvo nos casos de epidemia, catástrofes da natureza e outros similares, ficando garantido seu retorno às terras quando o risco estiver eliminado e proibida, sob qualquer pretexto, a destinação para qualquer outro fim, das terras temporariamente desocupadas - e a aplicação de qualquer medida que limite seus direitos à posse e ao usufruto exclusivo.

Art. 13 - São nulos e extintos e não produzirão efeitos jurídicos os atos de qualquer natureza, ainda que já praticados, que tenham por objeto o domínio, a posse, o uso, a ocupação ou a concessão de terras ocupadas pelos índios.

§1º. - A nulidade e a extinção de que trata este artigo não dão direito de ação ou indenização contra a União ou os índios, salvo quanto aos pretendentes ou adquirentes de boa fé, em relação aos atos que tenham versado sobre terras ainda não demarcadas, caso em que o órgão do poder público que tenha autorizado a pretensão ou emitido título responderá civilmente.

§2º. - O exercício do direito de ação, na hipótese do parágrafo anterior, não autoriza a manutenção do autor ou de seu litisconsórcio na posse de terra indígena.

§3º. - O disposto no parágrafo primeiro deste artigo não impede o direito de regresso do órgão do poder público, nem elide a responsabilização penal do agente.

§4º. - Os atos que possibilitem, autorizem ou constituam invasões de terras indígenas ou restrição ilegal a algum dos direitos aqui previstos, caracterizam delito contra o patrimônio da União.

Art. 14 - Os índios, suas comunidades e organizações, o Ministério Público e o Congresso Nacional, são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos interesses e direitos dos índios.

Parágrafo único - A competência para dirimir disputas sobre os direitos indígenas será sempre da Justiça Federal.

Art. 15 - Ao Ministério Público compete à defesa e proteção dos direitos dos índios, judicial e extrajudicialmente, devendo agir de ofício ou mediante provocação.

§1º. - A proteção compreende a pessoa, o patrimônio material e imaterial, o interesse dos índios, a preservação e restauração de seus direitos, a reparação de danos e a promoção de responsabilidade dos ofensores.

§2º. - Em toda relação contratual de que puder resultar prejuízo aos direitos dos índios, será obrigatória a intervenção do Ministério Público, sob pena de nulidade.

Art. 16 - Compete exclusivamente ao Congresso Nacional legislar sobre as garantias dos direitos dos índios.

Nesse término da fase das Subcomissões em que os anteprojetos foram encaminhados à Comissão da Ordem Social, observa-se a manutenção da menção expressa à formação social brasileira pluriétnica, reconhecendo aos povos indígenas as suas organizações, usos, costumes, línguas e tradições rompendo definitivamente com a perspectiva integracionista e homogeneizadora.

Essa alteração, como mencionado pela antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, não ocorria isoladamente no Brasil, mas a partir de uma mudança de concepção internacionalmente,

pois é nesse mesmo período em que a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 05 de junho de 1957, que postula a proteção das populações tribais ou semi-tribais conjuntamente com um processo de integração progressiva na vida nacional, estava sendo revisada para consolidar o que veio a ser a Convenção 169 da OIT, que foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro apenas em 2004 (Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004).

Evangelista (2004:61) afirma que essa versão do texto constitucional já marca a ampliação do conceito de terra indígena, pois inclui as áreas necessárias a sua reprodução física e cultural, o que segundo ele “extrapola a concepção capitalista de terra diretamente ligada à produção, pois inclui dentro dela a identidade do grupo. Identidade construída no uso coletivo da terra (caça, coleta, espaços sagrados e místicos), na relação do índio com seu território”, além de inovar ao prever

medidas compensatórias para pessoas ou grupos vítimas de discriminação comprovada, que deveriam ser promovidas pelo poder público como forma de proporcionar igualdade econômica e social. Esse ponto inicialmente proposto para integrar a proposta no anteprojeto no que se referia à comunidade negra foi entendido pela Subcomissão na votação final como princípio geral que deveria englobar a todos (EVANGELISTA, 2004:63).

Enviado à Comissão da Ordem Social, o Anteprojeto foi objeto, inicialmente, de Substitutivo do Relator, o constituinte Almir Gabriel (PMDB/PA) (BRASIL, 1987e), que praticamente manteve os termos antes aprovados pela Subcomissão, como se observa na transcrição a seguir:

Art. 80 - As Terras ocupadas pelos índios serão demarcadas, a eles cabendo a sua posse permanente, com direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo e do subsolo, das utilidades nelas existentes e dos cursos fluviais, ressalvado o direito de navegação.

§1º - São Terras ocupadas pelos índios as por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, e as áreas necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, incluídas as necessárias à preservação do meio ambiente e do seu patrimônio cultural.

§2º - As Terras ocupadas pelos índios são bens da União, inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis a qualquer título, vedada outra destinação que não seja a posse e usufruto dos próprios índios.

§3º - Fica vedada a remoção dos grupos indígenas de suas Terras, salvo nos casos de epidemia, catástrofe da natureza e outros similares, ficando garantido seu retorno às Terras quando o risco estiver eliminado e proibida, sob qualquer pretexto, a destinação para qualquer outro fim das Terras temporariamente desocupadas.

Art. 81 - São nulos e extintos e não produzirão efeitos jurídicos os atos de qualquer natureza, ainda que já praticados, que tenham por objeto o domínio, o

posse, o uso, a ocupação ou o concessão de terras ocupadas pelos índios ou das riquezas naturais do solo e do subsolo nelas existentes.

§1º - A nulidade e a extinção de que trata este artigo não dão direito de ação ou indenização contra a União ou os índios, salvo quanto aos pretendentes ou adquirentes de boa fé, em relação aos atos que tenham versado sobre Terras ainda não demarcadas, caso em que o órgão do Poder Público que Tenha autorizado a pretensão, ou emitido o título, responderá civilmente.

§2º - O exercício do direito de ação, na hipótese do parágrafo anterior, não autoriza a manutenção do autor ou do seu litisconsorte na posse da terra indígena, não impede o direito de regresso do órgão do poder público, nem elide a responsabilização penal do agente.

Entre os dias 1.º e 9 de junho de 1987, o Substitutivo foi alvo de diversas emendas de cunho integracionista (BRASIL,1987f) , culminando com o texto do Substitutivo II, cuja justificativa fundava-se na articulação entre as “propostas iniciais tendentes a assegurar efetivo reconhecimento social e político para segmentos da população brasileira que, consabidamente, vêm-se até agora desprovidos dos meios mínimos requeridos pela cidadania” (BRASIL,1987g) Prossegue a justificativa informando que não se trata de atribuir-lhes privilégios de qualquer natureza, mas a de

prover a família brasileira, entendida na sua dimensão mais abrangente e solidária, de todos os instrumentos capacitadores de seu acesso aos bens e serviços decorrentes do progresso técnico e científico aplicados à economia mais uma vez, a preocupação germinal é a de prover, na realidade, a equidade, e, tanto quanto possível, a igualdade de todos os brasileiros - não apenas perante a lei, senão também, e principalmente, perante a realidade viva, concreta.

Sob essa justificativa foi apresentado o II Substitutivo da Comissão Social (BRASIL,1987g) com o seguinte texto, que mantém as características até então consagradas do direito territorial indígena:

Art. 90 - São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras que ocupam, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições.

§1º - Compete à União a proteção das terras, instituições, pessoas, bens e saúde dos índios, bem como promover-lhes a educação.

§2º - A educação de que trata o parágrafo anterior será ministrado, no nível básico, na língua materna e na portuguesa, assegurada a preservação da identidade étnica e cultural das populações indígenas.

§3º - A execução da política indigenista ficará a cargo de órgão próprio da administração federal, regulado por Conselho Deliberativo composto de forma paritário por representantes das populações indígenas, da União e da sociedade.

Art. 91 - As terras ocupadas pelos índios são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo e do subsolo, das

utilidades nelas existentes e dos cursos fuviais, ressalvado o direito de navegação.

§1º - São terras ocupadas pelos índios as por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, e as áreas necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, incluídas as necessárias à preservação do meio ambiente e do seu patrimônio cultural.

§2º - As terras ocupadas pelos índios são bens da União, inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis a qualquer título, vedada outra destinação que não seja a posse e usufruto dos próprios índios, cabendo à União demarca-las.

§3º - Fica vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nos casos de epidemia, catástrofe da natureza e outros similares, ficando garantido seu retorno às terras quando o risco estiver eliminado e proibida, sob qualquer pretexto, a destinação para qualquer outro fim das Terras temporariamente desocupadas.

Art. 92 - São nulos e extintos e não produzirão efeitos jurídicos os atos de qualquer natureza, ainda que já praticados, que tenham por objeto o domínio, o posse, o uso, a ocupação ou o concessão de terras ocupadas pelos índios ou das riquezas naturais do solo e do subsolo nelas existentes

§1º - A nulidade e a extinção de que trata este artigo não dão direito de ação ou indenização contra a união ou os índios, salvo quanto aos pretendentes ou adquirentes de boa fé, em relação aos atos que tenham versado sobre terras ainda não demarcadas, caso em que o órgão do Poder Público que tenha autorizado a pretensão, ou emitido o título, responderá civilmente.

§2º - O exercício do direito de ação, na hipótese do parágrafo anterior, não autoriza a manutenção do autor ou do seu litisconsorte na posse da terra indígena, não impede o direito de regresso do órgão do poder público, nem elide a responsabilização penal do agente.

No período das Comissões Temáticas, embora tenha havido uma grande mudança na conjuntura política, que se inicia o enfraquecimento da Aliança Democrática e a aproximação do governo com setores de centro e direita, o chamado “Centrão” (EVANGELISTA, 2004:59), a redação final do Anteprojeto da Comissão da Ordem Social (BRASIL,1987h) foi apresentada à Comissão de Sistematização, em 15 de junho de 1987, com um texto, como se observa abaixo, que atende às reivindicações do Movimento indígena e está em consonância com os debates oriundo da Subcomissão:

Art. 100 - São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras que ocupam, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições.

§1º - Compete à União a proteção das terras, instituições, pessoas, bens e saúde dos índios, bem como promover-lhes a educação.

§2º - A educação de que trata o parágrafo anterior será ministrado, no nível básico, na língua materna e na portuguesa, assegurada a preservação da identidade étnica e cultural das populações indígenas.

§3º - A política indigenista ficará a cargo de órgão próprio da administração federal, que executará as diretrizes e normas definidas por um Conselho Deliberativo composto de forma paritária por representantes das populações indígenas, da União e da sociedade.

Art. 101 - As terras ocupadas pelos índios são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo e do subsolo, das utilidades nelas existentes e dos cursos fluviais, ressalvado o direito de navegação.

§1º - São terras ocupadas pelos índios as por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, e as áreas necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, incluídas as necessárias à preservação do meio ambiente e do seu patrimônio cultural.

§2º - As terras ocupadas pelos índios são bens da União, inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis a qualquer título, vedada outra destinação que não seja a posse e usufruto dos próprios índios, cabendo à União demarcá-las.

§3º - Fica vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nos casos de epidemia, catástrofe da natureza e outros similares, ficando garantido seu retorno às terras quando o risco estiver eliminado. Fica proibida, sob qualquer pretexto, a destinação para qualquer outro fim das terras temporariamente desocupadas.

Art. 102 - São nulos e extintos e não produzirão efeitos jurídicos os atos de qualquer natureza, ainda que já praticados, que tenham por objeto o domínio, o posse, o uso, a ocupação ou o concessão de terras ocupadas pelos índios ou das riquezas naturais do solo e do subsolo nelas existentes.

§1º - A nulidade e a extinção de que trata este artigo não dão direito de ação ou indenização contra a União ou os índios, salvo quanto aos pretendentes ou adquirentes de boa fé, em relação aos atos que tenham versado sobre terras ainda não demarcadas, caso em que o órgão do Poder Público que tenha autorizado a pretensão, ou emitido o título, responderá civilmente.

§2º - O exercício do direito de ação, na hipótese do parágrafo anterior, não autoriza a manutenção do autor ou do seu litisconsorte na posse da terra indígena, não impede o direito de regresso do órgão do Poder Público, nem elide a responsabilização penal do agente.

No início de julho (1987), o Relator da Comissão de Sistematização, Dep. Bernardo Cabral (PMDB/AM) concluía o primeiro Anteprojeto da Comissão de Sistematização (BRASIL, 1987i), mantendo as formulações enviadas pelas Comissões temáticas, e abrindo prazo para a apresentação de emendas:

Art. 431 - São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras que ocupam, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições.

§1º - Compete à União a proteção das terras, instituições, pessoas, bens e saúde dos índios, bem como promover-lhes a educação.

§2º - A educação de que trata o parágrafo anterior será ministrado, no nível básico, na língua materna e na portuguesa, assegurada a preservação da identidade étnica e cultural das populações indígenas.

§3º - A política indigenista ficará a cargo de órgão próprio da administração federal, que executará as diretrizes e normas definidas por um Conselho Deliberativo composto de forma paritária por representantes das populações indígenas, da União e da sociedade.

Art. 432 - As terras ocupadas pelos índios são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo e do subsolo, das utilidades nelas existentes e dos cursos fluviais, ressalvado o direito de navegação.

§1º - São terras ocupadas pelos índios as por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, e as áreas necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, incluídas as necessárias à preservação do meio ambiente e do seu patrimônio cultural.

§2º - As terras ocupadas pelos índios são bens da União, inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis a qualquer título, vedada outra destinação que não seja a posse e usufruto dos próprios índios, cabendo à União demarcá-las.

§3º - Fica vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nos casos de epidemia, catástrofe da natureza e outros similares, ficando garantido seu retorno às terras quando o risco estiver eliminado. Fica proibida, sob qualquer pretexto, a destinação para qualquer outro fim das terras temporariamente desocupadas.

Art. 433 - São nulos e extintos e não produzirão efeitos jurídicos os atos de qualquer natureza, ainda que já praticados, que tenham por objeto o domínio, o posse, o uso, a ocupação ou o concessão de terras ocupadas pelos índios ou das riquezas naturais do solo e do subsolo nelas existentes.

§1º - A nulidade e a extinção de que trata este artigo não dão direito de ação ou indenização contra a União ou os índios, salvo quanto aos pretendentes ou adquirentes de boa fé, em relação aos atos que tenham versado sobre terras ainda não demarcadas, caso em que o órgão do Poder Público que tenha autorizado a pretensão, ou emitido o título, responderá civilmente.

§2º - O exercício do direito de ação, na hipótese do parágrafo anterior, não autoriza a manutenção do autor ou do seu litisconsorte na posse da terra indígena, não impede o direito de regresso do órgão do Poder Público, nem elide a responsabilização penal do agente.

Evan gelista (2004) recorda que o Centrão teve um forte apoio tanto das elites empresariais como também do próprio Governo Federal, através de lideranças conservadoras do PFL, PMDB,

PDS, PTB, PL e PDC, que ao perceberem as conquistas sociais e políticas dos grupos minoritários, tomaram-nos como alvo de críticas desse grupo conservador da Constituinte, forçando negociações em torno do texto já na Comissão de Sistematização.

Entretanto, a atuação política não estava adstrita ao espaço do Congresso Nacional, mas incorporava novos atores no cenário político, principalmente os veículos de imprensa, que durante o período militar concentraram os espaços midiáticos e vincularam-se aos grupos conservadores nacionais, principalmente da região sudeste.

Com isso, em agosto de 1987, foi deflagrada a partir de uma reportagem do jornal o Estado de São Paulo, intitulada “Os índios na nova Constituição - a conspiração contra o Brasil” uma forte campanha contra os avanços promovidos pela Assembleia Nacional Constituinte (LACERDA, 2010:151).

O grupo foi preciso na escolha do seu alvo, pois ao invés de tentar se contrapor diretamente aos povos indígenas, utilizou-se mais uma vez da estratégia de atemorização, atacando o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), que em matéria simbólica agrega a figura da Igreja e de uma Organização Não-Governamental, para, a partir de um discurso etnocêntrico, que criava a figura de povos indígenas manipulados e incapazes de reivindicarem direitos, para criar a falsa ideia de ameaça à soberania nacional.

Assim, como registrou Ramos & Bartolomé (1997), entre os dias 9 e 14 de agosto de 1987, o Jornal o Estado do São Paulo publicou, além da manchete citada, do dia 09, as seguintes: “Nem só de índios vive o CIMI”, “O CIMI e seus 'irmãos de estanho””, “Índios, o caminho para os minérios” e “CIMI propõe a divisão do Brasil”.

O primeiro artigo alegava a existência de um documento assinado por 47 mil austríacos, como prova de “uma conspiração internacional envolvendo restrições à soberania nacional sobre a região amazônica, sob o pretexto de preservar as culturas das etnias silvícolas, a ecologia e as riquezas minerais do subsolo daquela região”. Além disso, afirmava o Jornal Estado de São Paulo possuir documentos autenticados que provavam a conexão do CIMI com um complotê internacional através de um certo “Conselho Mundial de Igrejas Cristãs”, com o objetivo de dividir o Brasil, explorar seus recursos minerais e restringir a soberania brasileira na região amazônica (RAMOS & BARTOLOMÉ, 1997).

A repercussão foi imediata na Assembleia Constituinte, como se registrou nas falas do Constituinte Roberto Cardoso Alves (PMDB/SP)<sup>28</sup>, que apresentou requerimento para convocação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar “as denúncias de existência de uma trama internacional com o objetivo de desnacionalizar as terras ocupadas pelos índios brasileiros” (ESTADO DE SÃO PAULO,1987).

Outro parlamentar, Deputado Nilson Gibson (PMDB/PE), proferiu um discurso elogiando o periódico O Estado de São Paulo, e reproduzindo a denúncia de uma conspiração internacional para desnacionalizar as terras indígenas, como base em uma sugestão popular encaminhada da Áustria e em uma resolução do Conselho Mundial de Igrejas Cristãs, chegando ao extremo de convocar os brasileiros a defenderem a Pátria e a Constituinte, queimando em praça pública a “famigerada Emenda Austríaca” (BRASIL,1987j).

O Deputado José Dutra, do PMDB/AM, se identificando como “descendente de índios”, e não indígena, bem como, se atribuindo a representação da região Norte, denunciou que a soberania nacional “vem sendo violada de forma mesquinha, brutal por forças internacionais, alienígenas, que querem a qualquer preço conter o processo de desenvolvimento econômico de nosso País” (CORREIO BRAZILIENSE, 1987).

Em contraposição a esses discursos, e sem qualquer repercussão na imprensa paulista e nos demais veículos de comunicação, o Constituinte Plínio de Arruda Sampaio (PT/SP), Vasco Alves (PMDB/ES), Carlos Cardinal (PDT-RS) e Sérgio Espada já havia feito um discurso desmistificando a suposta “conspiração internacional” esclarecendo que não se tratava de emenda ao projeto de constituição apresentada por austríacos, mas apenas um abaixo-assinado por jovens austríacos católico, cerca de 40 mil, que se mobilizaram para declarar solidariedade aos povos indígenas (BRASIL,1987l).

Em verdade, as justificativas não ecoaram nos meios de comunicação, controlados, ainda hoje, por poucos grupos econômicos, que apenas reproduziram a campanha desencadeada pelos órgãos de informação da Venezuela, através da imprensa em 1984, com reprodução da redação dos artigos extremamente semelhantes (CEDI, 1991)

---

<sup>28</sup> Eleito deputado federal pelo PMDB para elaborar a nova Constituição, destacou-se como principal articulador do Centrão, que garantiu, entre outras coisas, um mandato de cinco anos para o presidente José Sarney. Depois de promulgada a nova Constituição, o ministro Roberto Cardoso Alves foi convidado pelo presidente Sarney para ocupar a chefia do Ministério do Desenvolvimento da Indústria e Comércio.

Consequentemente, em 26 de agosto de 1987 já se notam os primeiros efeitos das notícias jornalísticas, quando da apresentação do 1º Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização Dep. Bernardo Cabral (PMDB/AM) (BRASIL,1987m), que reconhece o direito territorial indígena apenas para as terras que possuam posse imemorial, como se observa na transcrição abaixo:

Art. 302 - São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradição, competindo a União a proteção desses bens.

§1º - Os atos que envolvam interesses das comunidades indígenas terão a participação obrigatória de órgão federal próprio e do Ministério Público, sob pena de nulidade.

§2º - A exploração das riquezas minerais em terras indígenas só pode ser efetivada com autorização destes e do Congresso Nacional e obriga à destinação de percentual sobre os resultados da lavra em benefício das comunidades indígenas e do meio-ambiente, na forma da lei.

Art. 303 - As terras de posse imemorial dos índios são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, dos recursos fluviais e de todas as utilidades nelas existentes.

§1º - São terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados os índios aquelas destinadas à sua habitação efetiva, às suas atividades produtivas e as necessárias à sua preservação cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§2º - As terras referidas no parágrafo anterior são bens inalienáveis e imprescritíveis da União, cabendo a esta demarcá-las.

§3º - Fica vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nos casos de epidemia, catástrofe da natureza e outros similares e de interesse da soberania nacional, ficando garantido o seu retorno quando o risco estiver eliminado.

Art. 304 - Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos interesses e direitos indígenas.

Art. 305 - Os direitos previstos neste capítulo não se aplicam aos índios com elevado estágio de aculturação, que mantenham uma conveniência constante com a sociedade nacional e que não habitem terras indígenas.

Apesar dos protestos do movimento indígena e das entidades indigenistas, após as emendas dos constituintes foi editado o Segundo substitutivo do Projeto de Constituição continuava limitando o reconhecimento dos direitos originários às terras indígenas apenas aos casos de “posse imemorial”, e onde os índios se achassem “permanentemente localizados”. Essa proposta retirava o direito de grande parte dos povos indígenas, principalmente do Nordeste, que foram

obrigados a deixar suas terras em razão das expedições de “descimento”, além das expedições punitivas, das doenças contagiosas e do avanço sobre as terras indígenas (LACERDA, 2007:154), como se observa no texto abaixo

## CAPÍTULO VIII

### DOS ÍNDIOS

Art. 261 - São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições, competindo à União a proteção desses bens.

§1º. - Os atos que envolvam interesses das comunidades indígenas terão a participação obrigatória de órgão federal próprio e do Ministério Público, sob pena de nulidade.

§2º. - A exploração das riquezas minerais em terras indígenas só pode ser efetivada com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, e obriga à destinação de percentual sobre os resultados da lavra em benefício das comunidades indígenas e do meio-ambiente, na forma da lei.

Art. 262 - As terras de posse imemorial dos índios são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, dos recursos fluviais e de todas as utilidades nelas existentes.

§1º. - São terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados os índios, aquelas destinadas à sua habitação efetiva, às suas atividades produtivas e as necessárias à sua conservação cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§2º. - As terras referidas no parágrafo anterior são bens inalienáveis e imprescritíveis da União, cabendo a esta demarcá-las.

§3º. - Fica vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nos casos de epidemia, catástrofe da natureza e outros similares e de interesse da soberania nacional, ficando garantido o seu retorno quando o risco estiver eliminado.

Art. 263 - Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos interesses e direitos indígenas.

Art. 264 - Os direitos previstos neste capítulo não se aplicam aos índios com elevado estágio de aculturação, que mantenham uma convivência constante com a sociedade nacional e que não habitem terras indígenas.(BRASIL,1987n)

No dia 18 de novembro de 1987, sob pressão dos prazos para conclusão do trabalho, a Comissão de Sistematização apresentou o seu Projeto de Constituição “A”, mantendo a mesma limitação do direito apenas sobre as terras cuja posse fosse imemorial, como se verifica na transcrição abaixo:

## CAPÍTULO VIII

## DOS ÍNDIOS

Art. 268 - São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições, competindo à União a proteção desses bens.

§1º. - Os atos que envolvam interesses das comunidades indígenas terão a participação obrigatória de órgão federal próprio e do Ministério Público, sob pena de nulidade.

§2º. - A exploração das riquezas minerais em terras indígenas só pode ser efetivada com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, e obriga à destinação de percentual sobre os resultados da lavra em benefício das comunidades indígenas e do meio-ambiente, na forma da lei.

Art. 269 - As terras de posse imemorial dos índios são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, dos recursos fluviais e de todas as utilidades nelas existentes.

§1º. - São terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados os índios, aquelas destinadas à sua habitação efetiva, às suas atividades produtivas e as necessárias à sua conservação cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§2º. - As terras referidas no parágrafo anterior são bens inalienáveis e imprescritíveis da União, cabendo a esta demarcá-las.

§3º. - Fica vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nos casos de epidemia, catástrofe da natureza e outros similares e de interesse da soberania nacional, ficando garantido o seu retorno quando o risco estiver eliminado.

Art. 270 - Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos interesses e direitos indígenas.

Art. 271 - Os direitos previstos neste capítulo não se aplicam aos índios com elevado estágio de aculturação, que mantenham uma convivência constante com a sociedade nacional e que não habitem terras indígenas.

Nesse novo texto não houve mais a dissociação do solo e subsolo, nem a vedação de outra destinação da terra indígena que não seja o usufruto dos índios no caso de remoção dos grupos indígenas. A estratégia do grupo político, representado pelo Relator, era de trazer o elemento temporal como condição para o reconhecimento do direito territorial indígena, como se fosse possível esconder todo o processo histórico brasileiro, em que a política indigenista do Estado brasileiro foi a de retirada dos povos indígenas de seus territórios, utilizando as mais diversas estratégias para tanto, desde as expedições de “descimento” até o desaldeamento compulsório.

Com isso, para que um povo indígena tivesse o direito sobre determinado território, seria necessário que a posse sobre ele não fosse de datação possível, devendo os mesmos demonstrar a posse permanente, apesar de todo o esforço estatal, em mais de 400 anos em retirá-los. Isso fica ainda mais claro com a previsão do art.271, que exclui o direito dos “índios com elevado estágio de aculturação, que mantenha uma convivência constante com a sociedade nacional e que não habitem terras indígenas”.

Evan gelista (2004) ainda observa que não se fala mais de uma formação pluriétnica do país, embora permaneça a prerrogativa da utilização da língua materna para as comunidades indígenas no processo educacional como também de processos diferenciados de aprendizagem.

De acordo com Lacerda (2007), a alteração dos termos do Capítulo “Dos índios” só foi possível com o acordo de líderes, em 31 de maio, além da pressão das delegações indígenas, que resultaram na denominada Emenda-fusão, um substitutivo do Capítulo VIII (Dos índios), que foi submetida ao Plenário em 1.º de junho de 1988, retomando a tradicionalidade da ocupação como condição do direito territorial.

Assim, após o 1º Turno de Votações em Plenário, o Projeto denominado Constituição “B” (BRASIL,1988a), foi entregue em 05 de julho de 1988 ao Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o deputado Ulysses Guimarães (PMDB/SP), retirou a ausência de registro do tempo linear como condição para reconhecimento da terra indígena, retornando a ideia da tradicionalidade da ocupação:

#### CAPÍTULO VIII DOS ÍNDIOS

Art. 234. 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 e proteger e fazer respeitar todos seus bens.

§1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as que utilizam para 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 - Cabe aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, fluviais e lacustres existentes em suas terras.

§3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, inclusive dos 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 são 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 nacional, 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, fluviais e lacustres nelas existentes, ressalvado relevante interesse da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 180, §§ 3º e 4º.

Art. 235. Os índios, suas comunidades e organizações são partes interessadas legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

No Anteprojeto “C” (BRASIL, 1988b), em comparação com o texto saído da Subcomissão e da Comissão Social, houve de fato uma redução, na Comissão de Sistematização, dos direitos conquistados em relação às etapas anteriores, que só não foi pior por conta da forte articulação do Movimento Indígena, que reverteu o cenário adverso e conseguiu manter o reconhecimento do direito territorial a partir do modo de ocupação e não do tempo, conforme transcrição a seguir:

#### CAPÍTULO VIII DOS ÍNDIOS

Art. 230. 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 são destinadas 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 são 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 nacional, 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.

Art. 231. 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.

Abaixo segue a última versão do texto da Constituição de 88, resultado da correção textual do Anteprojeto “C”, conhecido com Anteprojeto “D” (BRASIL,1988c), no qual foi mantido o reconhecimento aos povos indígenas o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, ou seja, manteve-se a tradição jurídica nacional de reconhecer a existência desse direito anterior a própria formação do Estado brasileiro:

#### CAPÍTULO VIII DOS ÍNDIOS

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 a 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.

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.

Portanto, no texto final rompeu-se com a tentativa de mercantilizar a terra indígena, definindo-a como um habitat, dentre as quais estão as por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescritíveis 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.

O texto constitucional retomou o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos das terras indígenas pelos índios que nela habitam, embora tenha mantido a separação de solo e subsolo definido no Anteprojeto "A".

Embora a referência expressa ao pluralismo da formação cultural tenha sido retirada, o mesmo ficou consagrado no reconhecimento das organizações indígenas, além dos próprios índios e suas comunidades, como parte legítima para ingressar em juízo em defesa de seus direitos, como também a partir do reconhecimento das línguas indígenas e dos povos indígenas com sua cultura, costumes, crenças e tradições e na possibilidade de uma educação diferenciada para cada povo indígena.

Entretanto, a disputa política e a reivindicação por direitos não estava encerrada com a promulgação do texto constitucional. Começa a partir de outubro de 1988 o embate acerca da interpretação que será dada ao texto constitucional, da qual se extrairá a norma jurídica que será

aplicada ao direito territorial indígena. Essa função está reservada ao *campo jurídico* e é objeto da doutrina e da jurisprudência, como registrado nos subcapítulos a seguir.

### 3.6. A NORMA JURÍDICA EXTRAÍDA DA INTERPRETAÇÃO DO ART.231, §1º DO TEXTO CONSTITUCIONAL, PELA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA

Como afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “a determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica” (FERRAZ JÚNIOR, 2001:252). Assim, a norma jurídica é construída a partir dos enunciados do sistema de direito positivo, observada a realidade social, não se confundindo com o texto que a veicula, sendo o produto da interpretação dos dispositivos do sistema do direito positivo.

Adeodato (2011:103), tratando em termos da semiótica contemporânea, da confusão comum de se imaginar que o “ordenamento jurídico” é composto de um conjunto de “normas”, esclarece que “as fontes do direito são significantes, enquanto as normas jurídicas são significados, cujos alcances e sentidos só se podem determinar diante do caso concreto”. Prossegue o Autor explicando que as fontes são textos, tais como gestos ou palavras oralmente pronunciadas, “que procuram expressar, significar, simbolizar normas jurídicas. Para perceber essa diferença entre significante e significado, Adeodato (2011: 203) invoca

a relação entre algaísmo e número. O mesmo significado do número “dois” (que é uma ideia) pode ser expresso por diversos significantes, gestuais, orais e textuais, tais como 2, zwei, II, two, dos. É a mesma diferença que existe entre as fontes do direito (leis, portarias, instrumentos contratuais, costumes jurídicos) e as normas jurídicas que elas procuram expressar.

A teoria estruturante de Müller afirma que o legislador só faz o texto, um dado de entrada para a construção objetiva da norma no caso concreto: o texto da norma não tem ainda qualquer significado (prévio), mas apenas validade, está validamente posto.

Friedrich Müller, para quem não se pode separar “a norma” de sua interpretação, o que significa dizer que só diante do caso individual é criada a norma jurídica e que a generalidade, assim como a validade, é característica do texto e não da norma. Assim, qualquer expressão normativa genérica, como a lei ou a medida provisória, está incompleta, e isso não se afigura uma disfunção sua, mas é hermenêuticamente necessário. O decididor no caso concreto é quem cria a norma jurídica, da qual o texto é uma pequena parte, um dado de entrada.

Com isso, Adeodato (2011:103) observa que as “nomas” não são textos estáticos, não “estão ali” na lei ou no código, definitivamente prontos e acabados. Para saber “o que os textos querem dizer, como efetivamente cooperam para o tratamento dos conflitos, vai depender de como os profissionais do direito entendem esses mesmos textos diante do caso concreto”.

Dessa maneira, diante do caso jurídico posto para solução, os operadores do direito devem buscar as fontes normativas para, a partir delas, desenvolver a argumentação do que pretendem defender, o que para Adeodato (2011:104) caracteriza o dogma da dogmática jurídica, ou seja, dentro dessa sistemática o argumento só tem validade na medida em que se reporta as fontes do direito pertinentes ao caso, válidas e vigentes, recordando a lição de Tércio Sampaio de que uma das características da dogmática é a inegabilidade dos pontos de partida. Portanto a “norma jurídica permanece como uma ideia, um significado que se tenta comunicar por meio das fontes, até que se concretize na decisão do caso, a rigor após o trânsito em julgado” (ADEODATO, 2011:104).

É esse o ponto que nos interessa no presente estudo, pois o que Adeodato descreve é exatamente o campo de disputa posto aos operadores do direito para a construção das normas jurídicas que serão extraídas do texto constitucional do art.231, *caput* e §1º, que regulamenta o direito territorial indígena sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Para tanto, se recorre também da teoria de Pierre Bourdieu (1989:9) acerca do *campo jurídico* e do exercício do *poder simbólico* pelos operadores do direito, que é

o poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo que Durkheim chama o conformismo lógico, ‘uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências’.

Bourdieu (1989:10) entende que os sistemas simbólicos - como arte, religião e língua - só podem exercer um poder estruturante porque são estruturados. Essa estrutura a qual ele se refere diz respeito aos símbolos capazes de efetivar maior integração social e de contribuir para a formação de um consenso sobre a realidade, facilitando assim a reprodução da ordem social.

Deste modo, Bourdieu (1989:14) observa que o efeito ideológico existente nos discursos dominantes “consiste precisamente na imposição de sistemas de classificação políticos sob a aparência legítima de taxinomias filosóficas, religiosas, jurídicas, etc.”. O poder simbólico se mostra como “poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar

ou de transformar a visão de mundo, e deste modo, a ação sobre o mundo” (BOURDIEU, 1989: 14).

O que significa que o poder simbólico não reside em algum sistema simbólico e sim na relação entre aqueles “que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos” (BOURDIEU, 1989:14), ou seja

O que faz o poder das palavras e das palavras da ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras.

O poder simbólico, poder subordinado, é uma forma transformada, quer dizer, irreconhecível, transfigurada e legitimada, das outras formas de poder. (BOURDIEU, 1989: 15)

A partir dessa fundamentação teórica, passa-se a analisar o que a doutrina jurídica, após a promulgação do texto constitucional de 1988, passou a interpretar da tradicionalidade da ocupação indígena, as normas jurídicas que foram extraídas a partir de cada uma dos juristas selecionados, que em verdade representam as mais distintas posições políticas.

Assim, a pesquisa doutrinária revelou uma tendência dos autores de direito constitucional em optarem por apenas reproduzir o texto constitucional do art.231, *caput* e §1º da Constituição de 1988, incidindo na confusão apontada por Adeodato, enquanto outros simplesmente utilizaram-se de recortes jurisprudenciais, numa tentativa de encontrar uma norma jurídica universal, extraída do texto.

Entretanto, opta-se nessa pesquisa por reproduzir trechos da fundamentação e das normas jurídicas extraídas das interpretações de alguns doutrinadores que, a despeito da maioria, assumem mais claramente uma posição política quanto ao tema e a partir dela apontam caminhos para a construção das normas jurídicas aos casos existentes e aos eventuais.

Inicia-se pela doutrina de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1998:1045), exposta em sua obra “Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de Outubro de 1988”, que já no início da análise do artigo constitucional referido, retoma o mesmo discurso de atemorização e de antagonismo entre indígenas e não-índios, ao afirmar que a norma permite uma “ofertar dez por cento do território nacional, aproximadamente, a duzentos e cinquenta mil brasileiros, deixando os outros noventa por cento para os demais cento e sessenta e cinco milhões de cidadãos”, passando em seguida a assumir um discurso supremacista, segundo o qual

Os indianistas lutam para que os índios continuem sendo primitivos, peças de museu, devendo ser preservados em seu atraso civilizacional, por gáudio dos

povos civilizados, que poderão dizer que no passado pré-histórico os homens viviam como os índios brasileiros.

Por outro lado, as organizações internacionais – e a matéria já tem sido denunciada – procuram tratar o território como indígena, mais do que brasileiro, razão pela qual, em eventual internacionalização da Amazônia para imposição da política externa, os verdadeiros titulares das terras seriam os indígenas e não os brasileiros.

Dissociando os índios do povo brasileiro e suas terras do Estado brasileiro, tais organizações pretendem tornar o problema indígena do Brasil um problema de preservação dos costumes primitivos, que é dever da humanidade, tornando mais fácil, à evidência, a exploração de dez por cento do território nacional, reservado aos duzentos e cinquenta mil remanescente da população indígena – propugnando por acordos convenientes a tais grupos mais do que a interesses do País.

É impressionante o lobby que os indianistas brasileiros – e principalmente os estrangeiros – fizeram para que o Capítulo VIII do Título VIII fosse plasmado na Constituição, não havendo nada de semelhante feito a favor dos negros ou mestiços, que constituem quase metade da população brasileira e que têm tratamento de fato e em nível constitucional de muito menor consideração do que os duzentos e cinquenta mil índios brasileiros, detentores de dez por cento do território nacional.

O dispositivo ainda faz menção a que caberá à União demarcar as terras indígenas (10% do território nacional) e nela preservá-los, protegendo e fazendo respeitar seus costumes primitivos, de preferência desestimulando-os de se civilizarem, como as outras raças que compõem o perfil étnico brasileiro, caso é o caso da raça negra. (BASTOS & MARTINS, 1998: 1046)

Os citados Autores afirmam que o §1º, do art. 231 da CRFB/88 cria o “Museu do Primitivo Índio Vivo”, e que as terras tradicionalmente ocupadas estão limitadas à que os índios ainda ocupem permanentemente, como se o permanente fosse o contrário de nômade, alegando que

À evidência, como os índios primitivos não saíram de seus lugares de nascimento, por não terem descoberto nenhum dos meios de transporte moderno, e ainda vivem – é desses índios que o constituinte fala – no seu estado primitivo, todas as terras por eles habitadas hoje lhes servem de habitação permanente.

Além dessas, devem ser preservadas aquelas terras utilizadas para suas atividades produtivas – entendam-se atividades agrícolas de sobrevivência, que sempre existiram entre os povos pré-históricos, os índios brasileiros, alguns povos da Malásia no início do século etc. -, aquelas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar -, assim como às necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo suas crenças, costumes e tradições.

Em outras palavras, o constituinte brasileiro garantiu ao índio dez por cento do território nacional para que ele não evolua, visto que, para manter uma Disneyworld primitiva, preservará todo seu ambiente pré-histórico, a fim de que suas crenças, costumes e tradições continuem os mesmos, proibidos de evoluir para os costumes civilizados do século XX/XXI, uma vez que o objetivo do

constituinte foi preservar no tempo o atraso do indígena (BASTOS & MARTINS, 1998: 1049)

Prosseguem afirmando que o texto constitucional é tautológico e lhes atribui indiscutível privilégio, embora reconheça que, considerando o “argumento de que a terra lhes pertencia antes da descoberta e de que garantir-lhes agora a posse em torno de dez por cento do que tinham no passado não é senão reconhecer que foram expropriados em noventa por cento” (BASTOS & MARTINS, 1998: 1052).

Por fim concluem que a população seria residual, estando grande parte dos indígenas “civilizados” e “quase sempre longe das terras de seus antepassados”, enquanto os que ainda permanecem nas terras, “principalmente na Floresta Amazônica”, seriam “índios de civilização pré-histórica, proibidos de evoluir para se tomarem peças vivas de um mundo selvagem, para o goáudio dos ecologistas e antropólogos” (BASTOS & MARTINS, 1998:1053).

Pinto Ferreira (1995:446), em sua obra “Comentários à Constituição Brasileira”, registra que “as diversas Constituições do Brasil têm imposto uma exigência fundamental, qual seja, a exigência da *localização permanente* do índio na terra pressuposto necessário à proteção possessória”.<sup>29</sup> Com isso, em sua interpretação conclui que a

“localização permanente é assim o cerne da proteção possessória do território das nações indígenas, devendo as terras também ser habitadas pelos silvícolas, como pressuposto da posse, em comando constitucional a partir das Cartas de 1967 e 1969” (PINTO FERREIRA, 1995:446).

Em uma clara influência do instituto de direito civil da posse, Pinto Ferreira (1995:446) extrai do texto constitucional a norma jurídica que exigiria para reconhecimento da terra indígena a “localização permanente e a ocupação das terras pelos índios”. Embora, mais adiante afirme que

não se deve assim confundir o indigenato com a ocupação e com a mera posse. O indigenato é uma fonte primária de posse territorial e apresenta-se como direito congênito, ao passo que a ocupação é um título adquirido. O indigenato é legítimo por ele mesmo, não depende de legitimação, contrariamente à ocupação, que é um fato posterior e depende de requisitos para a sua legitimação. Assim sendo o indigenato está dotado do *ius possessionis*, e também do *ius possidendi*, que lhe foi reconhecido desde o precitado alvará.

Com isso, Pinto Ferreira (1995:446) reconhece que a Constituição de 1988 manteve a “tradicional instituição jurídica luso-brasileira do indigenato, já admitida na Colônia” com o

---

<sup>29</sup> Segundo o Autor essa exigência esta formulada nas seguintes Constituições: 1934 (art. 129); 1937 (art. 154); 1946 (art. 216); 1967 (art. 186); Emenda n. 1, de 17-10-1969 (art. 198). Tal dispositivo foi ampliado e aperfeiçoado no art. 231 da Constituição de 1988 (PINTO FERREIRA, 1995:446).

Alvará de 1º de Abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de Junho de 1855, “convalidando o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais dela”.

José Cretella Júnior (1993), por sua vez, em sua obra “Comentários à Constituição Brasileira de 1988” inicia sua análise recorrendo ao exemplo dos

naivos naturais, ou autóctones da Austrália, radicados, no centro do país, em Ayers Rock, por exemplo, assim como os da Nova Zelândia, que faz parte da Commonwealth, os maoris, por exemplo, são denominados aborígenes. Pelo denominado Tratado de Waitangi, a ainda Rainha Victória do Reino Unido, os Chefes da Confederação das Tribos Unidas da Nova Zelândia e os Chefes Independentes, que não faziam parte da confederação, chegaram a um acordo, pelo qual os aborígenes cederam de modo absoluto à Rainha, sem reserva alguma, todos os direitos e poderes de soberania (sovereignty) e, por sua vez, a Rainha confirmou e garantiu-lhes a plena, exclusiva e imperturbada posse (possession) daquelas terras e florestas (arts. 1º e 2º). Obs.: Para os chefes daquelas tribos, “posse” é mais do que “propriedade” e “soberania”! (CRETILLA JÚNIOR, 1993: 4554).

Cretella Junior (1993:4555) registra a efervescência do debate doutrinária quanto ao regime jurídico dos índios ou indígenas brasileiros, citando as apreciações dos comentadores das sucessivas Constituições brasileiras, como a de Araújo Castro (A Constituição de 1937, Rio de Janeiro, 1938, Ed. Freitas Bastos, os. 338-339), de José Celso Melo Filho (Constituição Federal anotada, São Paulo, 1984, Ed. Saraiva, os. 49, 432, e 433), de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários à Constituição Brasileira, 6º ed., Rio de Janeiro, 1987, Ed. Forense, vol. II, p. 139 e vol. VI, os. 455, 456 e 457), além dos pareceres de Carlos Medeiros Silva, publicado na RDA 128:641 e 122:383.

A sua grande contribuição foi incorporar na interpretação jurídica a estratégia do pan-indigenismo, ao consignar que “os vocábulos indígenas ou índios designam coletividades heterogêneas, contando-se por dezenas, quiçá por centenas, as diferentes tribos: línguas, costumes, religiões, direitos, constituição física inconfundíveis” (CRETILLA JUNIOR, 1993: 4555).

Entretanto, segue a mesma linha dos doutrinadores citados acima de que apenas o aldeamento indígena “habitado de maneira contínua e não abandonado, nestas últimas quatro décadas, está sob proteção constitucional”, para afirmar que apenas “na região do Vale do Xingu e, em especial, na área correspondente à implantação do Parque, o que levou o próprio Governo a ‘encaminhar’ os silvícolas para aquela área, mediante ‘tração’” (CRETILLA JUNIOR, 1993:4557).

Em posição oposta, Uadi Lamengo Bulos (2014) denomina a Constituição de 1988 como “Constituição do Índio”, dada proeminência com que o constituinte de 87 tratou as questões indígenas em inúmeros dispositivos constitucionais, como se vê dos arts. 20, XI; 22, XIV; 49, XVI; 109, XI; 129, V e 176, § 1º e, especialmente, no arremate definido no capítulo VII do título que trata da ordem social, constituído pelos arts. 231 e 232.

Em sua análise do direito territorial indígena a partir da tradicionalidade da ocupação, Bulos entende que há três hipóteses que qualificam uma terra como indígena a partir da tradicionalidade: 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 (BULOS, 2014).

A partir dessa compreensão Bulos entende que a ocupação permanente que o texto constitucional faz referência é quanto ao futuro e a necessidade de retornos dos indígenas para ocupação permanente, sem que haja a possibilidade de deslocamento (BULOS, 2014).

Nessa mesma linha, tendo tido inclusive um papel central durante os debates da Assembleia Nacional Constituinte, Souza Filho (2013:2149), na obra “Comentários à Constituição do Brasil”, que mantém o seu entendimento de que a Constituição de 1988 significou uma “Ruptura Continental”, por “romper com a tradição integracionista do continente, garantindo aos índios o direito de continuarem a ser índios”, o que foi seguido por outros países da América Latina.

O Autor afirma que a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu com muita propriedade e talento os seus direitos sociais e territoriais e

reconhece como legítima uma ordem que desconhece, já que fundada nos chamados usos, costumes e tradições. Esta ordem pode ser descrita por um cientista, sociólogo ou antropólogo, ou relatada por um membro da comunidade, mas está fora do alcance da lei e de seus limites, é uma ordem social própria e diferente da ordem jurídica estatal organizada pela Constituição. Isto é, a Constituição de 1988 reconheceu povos socialmente organizados fora do paradigma da modernidade e nisto foi seguida por várias constituições latino-americanas. Aqui reside um grande diferencial, divisor de águas, ruptura com o passado. (SOUZA FILHO, 2013:2150)

Souza Filho entende que a questão central do direito indígena reconhecido pela Constituição de 1988, e que interfere no direito territorial, está no reconhecimento da organização social e cultural dos povos indígenas, em antagonismo à política pública anterior de que os índios estariam em um estágio provisório de transição para a civilização e a integração à comunhão nacional (SOUZA FILHO, 2013:2151).

Conseqüentemente, quando passa a analisar o direito territorial indígena a partir do disposto no art. 321, *caput* e parágrafo 1º, Souza Filho (2013:2151) extrai a clara intenção do legislador constituinte em “garantir efetivos direitos territoriais aos povos indígenas. As terras reconhecidas devem estar adequadas à manutenção da vida indígena, garantindo direitos de organização social com base em direitos territoriais, sem os confundir”.

O Autor em diversas outras obras já havia discutido a distinção política entre terra e território indígena, posição essa compartilhada nessa pesquisa, consignando novamente o equívoco da distinção apenas para “não confundir com normas de direito internacional e para não insinuar divisões territoriais internas” (SOUZA FILHO, 2013:2151) do Estado brasileiro, o que nunca foi uma reivindicação do movimento indígena<sup>30</sup>. Souza Filho (2013:2152) afirma que

mais um paradigma foi rompido pela Constituição de 1988. Até sua promulgação, as terras indígenas dependiam de um processo de reconhecimento pelo Poder Público. No século XIX e antes, a ideia jurídica era de que o Poder Público deveria reservar terras para que os índios viessem até sua integração à comunhão nacional, tanto que havia dispositivos redirecionando essas terras depois de abandonadas, chamando-as de aldeamentos extintos. Isto significava que qualquer terra servia, mesmo com condições ecológicas diferentes das adequadas ao conhecimento tradicional. Esta ideia sofreu modificações com a participação dos estudos antropológicos no país, mas legalmente, salvo interpretação generosa do Estatuto do Índio (Lei 6001/73), este entendimento prevaleceu até muito próximo de 1988.

Assim como Uadi Lamengo Bulo, Souza Filho (2013:2152) entende que o texto da Constituição de 1988 reconheceu os direitos originários sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam, remetendo sua formulação (art. 231) a “três ideias-chaves sobre as terras indígenas: 1) o caráter originário deste direito; 2) a ocupação real e atual; 3) a forma tradicional de ocupação”. Portanto, a originalidade desse direito está no fato de independê-lo de qualquer ato do Estado, ou seja,

não é fruto de uma determinação legal, mas é apenas reconhecimento de um direito preexistente. As comunidades indígenas têm direito a suas terras e o Estado Brasileiro o reconhece e garante. Por ser originário, este direito independe de ato de reconhecimento, de demarcação ou registro. Os atos, demarcação e registro, apenas servem para dar reconhecimento a terceiros. Como é dever da União, diz a continuação do *caput*, demarcar, proteger e respeitar,

---

<sup>30</sup> Souza Filho (2013:2151) recorda o voto do Ministro Victor Nunes Leal que, “em célebre voto em Recurso Extraordinário n. 44.535-MT (agosto de 1961), afirmou: “Aqui não se trata de direito de propriedade comum; o que se reservou foi o território dos índios”. Apesar de não atribuir o nome território, mas simplesmente terras, a Constituição retirou qualquer conteúdo de propriedade privada moderna destas terras. A clara desconsideração da propriedade privada está expressa no artigo 20, XI, no qual fica estabelecido que as terras indígenas são bens da União. Retirados o conceito de território, para não confundir com o de território nacional e a ideia de propriedade moderna, para evitar especulações em relação à transferibilidade e disponibilidade, resta analisar como se conforma este direito indígena, ou o que significa juridicamente a categoria *sui generis* ‘terras indígenas’”.

quando não o faz, há ato omissivo da Administração, evidentemente reparável por via Judicial, mas jamais desconstituidores do direito indígena. Daí que aquele domínio da União do art. 20 é destituído de eficácia jurídica, salvo para a União estar em juízo em sua defesa.

O que se reconhece é a ocupação real e atual. É claro que a atualidade da ocupação não significa estar usando a terra a cada momento e sempre. É evidente que pode haver fatos impeditivos do uso atual, como, por exemplo, a constrição por terceiros, por ato próprio do Estado, etc<sup>31</sup> (SOUZA FILHO, 2013:2152).

O Autor esclarece que a atualidade da ocupação deve ser compatibilizada com a possibilidade real de uso pela comunidade, acrescido pela tradicionalidade como se dá essa ocupação, afirmando que “se um índio ou uma família indígena vive em um lote urbano, legítima ou ilegítimamente, não torna esta terra indígena”, sendo necessário, segundo o Autor, “que na terra viva uma comunidade de forma tradicional” (SOUZA FILHO, 2013:2152), afirmando que

cada povo indígena tem uma ideia própria de seu território, elaborada por suas relações internas de povo e externas com outros povos e na relação que estabelecem com a natureza onde lhes coube viver. Por isto mesmo, dentro dos direitos territoriais, estão os direitos ambientais que têm uma ligação estreita com os culturais, porque significam a possibilidade ambiental de reprodução de seus hábitos alimentares, a farmacologia própria e a sua arte, artesanato e utensílios. Por isso, em cada terra indígena se encontra uma relação mágica entre os conhecimentos dos povos e a manifestação da natureza, importando não só o místico com o fático do espaço territorial. É claro que há muitos povos indígenas no Brasil, cujas terras foram reservadas ou demarcadas com critérios anteriores à Constituição, que se vêem distantes desta dimensão sacra do território. Há muitos povos, em especial os guarani do sul do Mato Grosso do Sul, que tiveram as terras reservadas no início do século XX, mas os lugares sagrados e os espaços vitais estão fora dessas reservas, o que, inevitavelmente, gera conflitos de difícil solução (SOUZA FILHO, 2013:2152).

José Afonso da Silva (2005:855), umas das principais obras de direito constitucional que comenta o art.231, §1º da Constituição Federal, entende que a base do conceito está fundada nas quatro condições

todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha, a saber: 1) serem por eles habitadas em caráter permanente; 2) serem por eles utilizadas para suas

---

<sup>31</sup> Souza Filho observa que a “História registra que algumas os governos dos Estados retiraram povos indígenas de suas terras, em geral para atender interesses privados de utilização agropecuária, em terras férteis dentro da fronteira agrícola. Há situações irreversíveis quando houve dispersão total do povo ou seu extermínio, o que é quase o mesmo. Sempre que o povo se mantém como tal, mesmo fora do território, é possível a reversão, como no caso do Panará acima citado e no exemplar caso Krenak. O Estado de Minas Gerais, apoiado pelo governo federal, retirou o povo Krenak do Vale do Rio Doce e os dispôs por outras áreas indígenas, cedendo suas terras como se devolutas fossem. Em uma ação judicial que foi iniciada antes da Constituição de 1988, mas julgada definitivamente em 1994, foram anulados todos os títulos de domínio expedido pelo Estado de Minas e determinado o retorno dos índios à terra. A histórica decisão do STF, baseado em voto do Ministro Francisco Resek demorou mais alguns anos para ser cumprida e somente em 1997 os Krenak retomaram a posse de suas terras. É uma história de sucesso na reversão”(2013:2152).

atividades produtivas; 3) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; 4) serem necessários a sua reprodução física e cultural, tudo segundo seus usos, costumes e tradições, de sorte que não se vai tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser deles, da cultura deles.

A interpretação de José Afonso da Silva de que o reconhecimento da terra indígena está condicionado a presença de todas as hipóteses previstas no §1º do art.231 da Constituição Federal, também é compartilhada por Tércio Sampaio Ferraz (2004:693) e por Isaias Montanari Junior (2013:103), posição incompreensível ante o fato de que quando o legislador constituinte exigiu condições simultâneas, o fez expressamente como no caso do art.186 da Constituição de 1988.

Prossegue José Afonso da Silva (2005:856) afirmando que quando se menciona terras tradicionalmente ocupadas, não se trata de qualquer relação com o tempo linear, pois o Alvará de 1º de abril de 1680, que reconhecia o direito territorial indígena pela ocupação tradicional já não admitia a ocupação imemorial, o que conduz o doutrinador a concluir que

não se trata, absolutamente, de posse, ou prescrição imemorial, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de usucapião imemorial, do qual emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas (SILVA, 2005:856).

Com isso, após afastar a tese da imemorialidade na interpretação do texto constitucional, o que havia sido rejeitado desde a Constituinte, José Afonso da Silva (2005:856) defende que o tradicionalmente

não se refere 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 relaciona com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se dedicam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições.

Ainda assim, como José Afonso da Silva (2005), Montanari Junior (2013:104), embora inclua a exigência de simultaneidade nas hipóteses de terras indígenas elencadas no texto constitucional, afirma que a interpretação do dispositivo leva a crer que “as terras indígenas são assim reputadas em face do passado (originariedade ou indigenato), do presente e futuro (ocupação permanente) e de sua utilização tradicional pelos grupos tribais”, o que torna inviável a coincidência temporal das qualificadoras do §1º do art. 231 da CRFB/88.

Tércio Sampaio Ferraz Junior (2004:692) utiliza-se como ponto de partida do seu raciocínio a expressão “são reconhecidos aos índios” que, segundo o Autor, “ao reconhecê-los, não os cria, mas os aceita tal como preexistam”, e prossegue identificando esse direito como estruturalmente iguais aos direitos fundamentais do art. 5º da CRFB/88, pois

na verdade, o que se reconhece é um direito num sentido transposto, uma situação jurídica de contornos dados pela noção técnica, da cultura ocidental, de diversidade. Trata-se da afirmação da capacidade humana de reger o próprio destino, expressando sua singularidade, ser distinto entre seus iguais. De um lado, direito num sentido desenvolvido pela técnica jurídica civilizada, mas esclarecido conforme o modo de ser dos índios.

Entretanto, Tércio Sampaio Ferraz (2004:692) entende que Mendes Junior (1912) faz uma distinção entre indigenato e ocupação, afirmando que o conteúdo do primeiro teria por base a noção de *habitat*, equilíbrio ecológico entre o homem e seu meio, o que não exigiria legitimação, enquanto que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitime e prossegue:

o indigenato é título, capaz de explicar o caráter originário dos direitos, mas estes não se reduzem àquele. Como a Constituição fala em direitos não há como deixar de explicitá-los conforme a técnica jurídica. Da estrutura do direito subjetivo faz parte o sujeito, o conteúdo, o objeto e a proteção (cf. Ferraz Jr. Introdução ao estudo do direito, São Paulo, 2001, p. 151). O sujeito é o titular do direito, aquele a quem se atribui um título capaz de legitimar o seu exercício. O conteúdo tem a ver com a faculdade (de dispor, exigir, constranger etc.). O objeto diz com o bem protegido. E a proteção aponta para a possibilidade de fazer valer a faculdade em face do objeto, em especial, para a ação processual. Ora, o indigenato é título de legitimidade, caracterizador do sujeito como titular. Legitima, assim, no caso, a faculdade (faculdade de usufruir, usufruto) e o objeto – terras que tradicionalmente ocupam –, mas não os define. Como título tem, pois, a ver com *jus possessionis*, mas sobretudo, com *jus possidendi*, ou seja, é reconhecido e preliminarmente legitimante da posse. Mas não lhe explica o objeto, razão pela qual a Constituição cuidou de defini-lo no § 1.º do art. 231 (FERRAZ, 2004:694).

Tércio Sampaio Ferraz (2004:693) passa a discutir os limites da expressão “habitadas em caráter permanente”, o que para o Autor coloca um problema de delimitação espacial a partir da etimologia da palavra *habitat*, que induziria a existência de um elemento temporal na ocupação indígena, para concluir que

mesmo que se recorra à noção de *habitat*, a expressão constitucional não deixa de ter o sentido de localidade em que a comunidade está (onde vive e cresce naturalmente) de modo não ocasional no momento em que se promulga a Constituição. Ou seja, não se trata de *habitat* como lugar indefinido ou qualquer lugar próprio ao crescimento natural (integrado). Assim, de modo não ocasional (“em caráter permanente”) significa estar ali, em 05.10.1988, por razões próprias, próprias de sua cultura e não por razões externas, como a circunstância de terem sido trazidos ou atraídos por motivações do civilizado (motivos econômicos).

Ainda numa interpretação restritiva do texto constitucional, Ferraz Junior (2004:693) argumenta que o requisito das “terras utilizadas para suas atividades produtivas” se refere a um sentido presente, contemporâneo à promulgação da Constituição, por isso o particípio passado como tempo verbal e não a forma de adjetivo, como utilizáveis. Ainda, para superar a clareza do texto “terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar” e “necessárias à reprodução física e cultural dos índios”, o Autor alega que estariam limitadas pela expressão “habitadas” que, embora afirme ter conotação espacial, a interpreta como se tivesse um sentido temporal, inclusive com datação específica (FERRAZ JUNIOR, 2004:693).

Stefanini (2012:137), em sua obra *Código Indígena no Direito brasileiro*, destoa das interpretações anteriores, mas ainda sim vai buscar nos institutos de direito privado a argumentações quanto ao conteúdo da teoria da tradicionalidade, reportando-se a elementos temporais, como se observa:

Segundo seus pressupostos, a ocupação/posse indígena deflete uma progressão no tempo, materializando uma continuidade objetiva através de realidade conservada. A *tradictio*, instituto, instituto visceral do direito das coisas, desde o terceiro romano, congrega a precisa idéia de uma cadeia de entregas ou sucessão transmissão (do mesmo tronco do verbo *tradere*) entre possuidores.

Assim sendo, pela tradição ocorre a sucessão de transmissões no tempo cujo elo se mantém material e objetivamente. Ora, a posse tradicional é aquela que é mantida exteriormente através do tempo sem interrupção ao teor do disposto nos arts. 1.267 e ss. Do Código Civil brasileiro. Pelo nosso sistema de transferência das coisas, ainda a tradição persiste como meio apto à consumação do direito (STEFANINI, 2012:137).

Portanto, Stefanini (2012) entende que a tradicionalidade da ocupação das terras indígenas revela uma continuidade da “ocupação/posse”, como condição de reconhecimento como terra indígena.

Por fim, é relevante registrar que a maioria absoluta dos autores pesquisados admite a recepção do *indigenato* também pelo texto constitucional de 1988, fazendo referência à doutrina de João Mendes Junior (1912), de que o direito territorial indígena foi previsto desde o Alvará de 01.04.1680, que não foi revogado, e permite a interpretação de que esse direito jamais poderia ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e registro, já que o *indigenato* lhe atribui um título congênito, ao passo que a ocupação (ao indígena) é um título adquirido. (MENDES JÚNIOR, 1912:59). Portanto

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* [...]; ora, as terras de índios, cogenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, 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 posse, há um título imediato de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado (MENDES JÚNIOR, 1912:59).

### 3.7.A NORMA JURÍDICA HISTORICAMENTE EXTRAÍDA DOS DIVERSOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Dentro do *campo jurídico*, há um consenso entre os seus *agentes* de que está havendo uma mudança na feição da atividade jurisdicional no Brasil a partir de alterações legislativas que têm permitido uma atuação mais criadora do direito por parte dos magistrados. Essa mudança é mais significativamente atribuída ao método de *dizer o direito*, provocando alterações em institutos vinculados às raízes do direito positivo brasileiro, de matriz romano-germânica, chamado de *civil law*, em que se tem na lei o primado da fonte do direito.

Alega-se que o direito brasileiro passa a sofrer forte influência de institutos do sistema *common law*, de origem anglo-saxônica, informado pela teoria do *stare decisis*, que decorre da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa “*mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido*” (DIDIER & OLIVEIRA, 2011:289). Ou seja, por mais que possa parecer ambíguo, o que tem acontecido é a verificação de uma maior atividade criadora dos magistrados, que passam a fundamentar outras sentenças, em uma codificação dos precedentes judiciais.

Nesse sentido, um precedente judicial nada mais é do que uma parte da decisão judicial proferida na resolução de um caso concreto, a qual, segundo Tucci (2004:79), “é composta de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do procedimento decisório.”

Portanto, o que tem força persuasiva no precedente judicial é a, chamada no direito inglês, *ratio decidendi* ou *holding*, no direito estadunidense (ALBUQUERQUE SILVA, 2005), que constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto, que por sua vez é “composta de: (i) indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), (ii) do

raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e (iii) do juízo decisório (*judgement*)” (TUCCI, 2004:83), sendo

importante assentar que ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto de sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise. Assim, só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada (DIDIER & OLIVEIRA, 2011:388).

Demonstra-se com isso, que dentro do *campo jurídico* se reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais, permitindo aos magistrados fundamentarem suas decisões nas *razões de decidir* de julgados precedentes, no que se denomina *codificação das decisões judiciais*.

Portanto, este subcapítulo busca analisar os precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal antes e depois da Constituição de 1988, para investigar como a mais alta Corte do Poder Judiciário nacional interpreta a *tradicionalidade da ocupação indígena*, para identificar quais os elementos dessas decisões judiciais estão sendo extraídos como regras gerais, que universalizam determinados valores para serem utilizados em outros casos levados à decisão do sistema jurídico.

Para tanto, é necessário observar que houve uma continuidade na interpretação do direito territorial indígena desde a Constituição de 1946, mesmo constatando-se profundas modificações normativas até o texto constitucional contemporâneo, que veio a culminar com o julgamento da Petição nº 3.388, em 2009, no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em que se codificou uma interpretação jurídica quanto ao conceito de ocupação tradicional.

Como já mencionado, algumas questões foram inauguradas no julgamento da Petição nº 3.388 em dissonância com o entendimento histórico da própria Corte Constitucional, como por exemplo, a distinção entre “terra” e “território” indígenas, feita pelo Ministro Ayres Britto, autor do voto condutor do Acórdão. O Ministro Relator fez constar no item 7, intitulado “AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS POVO, PAÍS, TERRITÓRIO, PÁTRIA OU NAÇÃO INDÍGENA”, o seguinte teor

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 (BRASIL, 2009).

Não se encontra tal diferenciação em outros precedentes, porém o oposto, o reconhecimento dos diversos indígenas como “povos” e o seu direito a um “território”, sem qualquer preocupação com a unidade territorial nacional ou com eventuais simbolismos das expressões, como se observa no julgamento do Recurso Extraordinário nº 44.585 (BRASIL, 1962), de relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, um paradigma desde a década de 60, em que ao apreciar a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Mato Grosso que reduziu o território indígena dos Kandiwéu dispôs que:

A Constituição Federal diz o seguinte: "Art. 216: Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem."

Aqui não se trata do direito de propriedade comum; **o que se reservou foi território dos índios**. Essa área foi transformada num parque indígena, sob a guarda e administração do Serviço de Proteção aos Índios, pois estes não tem a e disponibilidade das terras, 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 ou intelectual.

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; **trata-se do habitat de um povo**. Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior, se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduzirá em outros dez, depois mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o território da aldeia, porque ali é que a 'posse' estaria materializada nas malocas.

Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo.

Portanto, observa-se que o Ministro Victor Nunes Leal consignou em seu entendimento o direito ao “território” indígena ocupado, do qual retiravam sua subsistência sem qualquer

distinção com a expressão “terra” indígena, como posteriormente veio a fazer o Supremo Tribunal Federal.

Essa distinção conceitual entre dois julgados num período de pouco mais de 50 anos, recorda a lição de Bourdieu (1989), segundo a qual a jurisprudência embora se repita, nunca é do mesmo modo, há distinções, ainda que sutis, mas reveladoras de disputas do *campo político e social*, que interferem e relativizam a autonomia do *campo jurídico*. Assim, a divergência quanto à “terra” e ao “território” foi a distinção mais significativa entre os julgados citados, cujas semelhanças demonstram que o acórdão do caso Raposa Serra do Sol é uma tentativa de codificação de normas jurídicas a partir da interpretação construída nesse período pelo Poder Judiciário, embora tenham existido quatro textos constitucionais distintos nesse mesmo intervalo.

Assim, muitas das questões dispostas no Acórdão do julgamento da Petição nº 3.388 já haviam surgido em julgamentos anteriores à Constituição Federal de 1988, sempre como um esforço de encerrar as reivindicações territoriais indígenas, com fundamento em argumentos que possuem um encadeamento silogístico.

O primeiro ponto que chama atenção foi o estabelecimento de um critério objetivo para o reconhecimento do domínio das comunidades indígenas sobre seus territórios, ao interpretar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a sua promulgação como um marco temporal para o reconhecimento apenas da ocupação territorial indígena contemporânea à data de 05 de outubro de 1988, conforme se lê no item 11 do acórdão da Petição nº3388, intitulado “O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS”, onde consta que

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 parilha 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 inteligência 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).

Prosseguindo em seu posicionamento, o Ministro Ayres Britto também faz uma interpretação do que seriam os “direitos originários” sobre as “*terras tradicionalmente ocupadas*”, afirmando que

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 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. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como nulos e extintos (§ 6º do art. 231 da CF) (BRASIL, 2009).

Com esse entendimento, o Ministro Ayres Britto, propõe “colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena” (BRASIL, 2009), entendendo que a tradicionalidade da ocupação indígena está na identificação das terras em que estavam presentes no marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988, ou seja, exige-se uma posse anterior e ininterrupta.

Esse entendimento é uma repetição do que foi decidido, *obiter dictum*, pelo Ministro Victor Nunes Leal no Recurso Extraordinário nº 44.585 (BRASIL, 1962), ao não admitir a redução da terra indígena Kandiwuéu a partir da interpretação de que a Constituição Federal de 1946 havia reconhecido aos índios o território que ocupavam naquela data, ou seja, naquele julgado, a

Constituição de 1946 foi definida como o marco temporal limite para reconhecimento ao direito ao território indígena. De acordo com o Ministro Victor Nunes Leal

Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque disse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária a sua subsistindo. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a "posse" estaria materializada nas malocas (BRASIL, 1962).

Observa-se que para justificar a necessidade de limitação das reivindicações territoriais indígenas, o principal argumento, historicamente recorrente nos precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, é a chamada “Síndrome de Copacabana”, que apareceu pela primeira vez no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.234 (BRASIL,1980a), de relatoria do Ministro Cunha Peixoto, em que o Ministro Cordeiro Guerra, a propósito da interpretação do §1º do art. 198, da Emenda Constitucional nº1 de 1969, afirmou que a

serem interpretados em sua literalidade, teriam estabelecido o confisco da propriedade privada neste País, nas zonas rurais, bastando que a autoridade administrativa dissesse que as terras foram, algum dia, ocupadas por silvícolas. Ora, nós somos um País de imigração, um país continental, em que o homem civilizado abre caminho para a criação do seu império.

Prossegue o Ministro Cordeiro Guerra afirmando que o direito à posse permanente das terras habitadas pelos “silvícolas”,

só pode ser aplicado nos casos em que as terras sejam efetivamente habitadas pelos silvícolas, pois, de outro modo, nós poderíamos até confiscar todas as terras de Copacabana ou Jacarepaguá, porque já foram ocupadas pelos tamoios (BRASIL,1980a)<sup>32</sup>.

Quanto à vinculação do direito territorial à ancianidade e ininterruptão da posse, ou seja, a ocupação indígena a partir da demonstração de uma vinculação a determinado espaço geográfico considerando a presença de elementos arqueológicos, trata-se de uma compreensão mais comum, já que pela tradição jurídica nacional, decorrente da Lei de Terras (1850) e da doutrina do *indigenato* de João Mendes Júnior (1912), se entende que o direito indígena deve-se a anterioridade da sua presença a dos colonizadores.

---

<sup>32</sup> O Ministro mantém seu entendimento mesmo fazendo uma diferenciação entre a usurpação que se deu no início do processo de colonização como o que ocorreu posteriormente com a usurpação das terras indígenas por invasores, ao afirma que “quando o civilizado invade o território indígena e se estabelece pela força, nesses casos, se há de aplicar os §§1º e 2º do artigo 198, mas não no caso do colonizador, do desbravador do País. Deixo, assim, isto bem claro, como *avant première* do meu pensamento, porque não me deixo levar por um sentimentalismo mal orientado, que pode conduzir a atrofia do País, ou à inquietação rural, com resultados imprevisíveis” (BRASIL,1980a).

É exatamente essa a prova que se exigiu do Povo Xavante no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.215 (BRASIL, 1980b), em 05 de março de 1980, cujo objeto era a regularidade da titularidade de domínio de glebas dentro de Reserva Indígena Pimentel Barbosa, no município de Barra do Garças, em Mato Grosso, em que o Ministro Relator Décio Miranda afirmou que

as terras em causa não são ocupadas por silvícolas, ou já não eram desde os idos de 1960, que parece ter sido a época de sua transmissão a particulares pelo Estado de Mato Grosso, os títulos dos impetrantes, a admitir que tenha, regularmente essa origem, sobrenadariam à impugnação que se lhes viesse a fazer sob esse aspecto.

Mais adiante o Ministro Relator Décio Miranda julga pela procedência do pedido de indenização sob o fundamento da inexistência de posse ancestral, aferível arqueologicamente, ao concluir

que nas terras em causa não se achavam permanentemente localizados os silvícolas (art.216 da Constituição de 1946) à época em que o Estado de Mato Grosso as vendeu ao autor (1959), nem havendo indícios de que tenha, sido “habitat” imemorial dos índios, pois que eles foram trazidos para elas depois da criação do Parque Nacional do Xingu (1961), o títulos de propriedade do autor são válidos, e a União não poderia ter se apropriado do imóvel sem prévia desapropriação. Fazendo-o, com o fez, por livre conta, praticou esbulho e dever ser compelida a ressarcir as perdas e danos a que deu causa (BRASIL, 1980b).

Adequado o registro do Ministro Aldir Passarinho em seu voto no Mandado de Segurança nº 20.215, que embora não o tenha utilizado na sua conclusão do seu raciocínio jurídico sobre o caso, é relevante para a discussão tratada no presente estudo:

De modo que também acolho, no particular, o voto do Sr. Ministro Relator. Apenas não posso deixar de manifestar minha surpresa quanto a uma venda de terras do Estado de Mato Grosso, numa área que parece ser enorme e que ficou sem utilização por período longo, quando parece óbvio, que se o Estado a vendeu é porque deveria ela ter destinação útil, e não ser deixada para simples valorização em exploração imobiliária (BRASIL, 1980b).

Ou seja, embora os Ministros do Supremo Tribunal Federal tenham julgado procedente o pedido do Mandado de Segurança, obrigando a União a indenizar os impetrantes/proprietários de fazendas dentro do perímetro da Terra Indígena Xavante, sob o fundamento de que há mais de 20 anos os indígenas não tinham a posse do local, reconhecem que nem os impetrantes a possuíam, entretanto lhes reconheceu o direito à propriedade.

A exigência da ancianidade e da ininterrupção da posse indígena para reconhecimento da tradicionalidade da ocupação aparece também no julgamento da Ação Civil Originária nº 278-8, em 10 de agosto de 1983, que apreciou o pedido de indenização por desapropriação indireta de imóvel dentro do perímetro do Parque Nacional do Xingu, no Mato Grosso, à margem direita do

Rio Xingu. Nesse julgado, o Ministro Relator Soares Muñoz reproduz trechos do parecer do jurista Miguel Reale, segundo o qual

o nomadismo ou a mobilidade dos silvícolas não autoriza, todavia, a União a estender “*ad libitum*”, por ato unilateral de puro arbítrio, a área que o art.4º, item IV, da atual Constituição lhe confere. A admitir-se a inexistência de uma ‘relação proporcional entre as tribos e o território a elas indispensável a fim de manter íntegro e intocável o tipo de vida que lhes é próprio, não restariam mais terras devolutas para grande número de Estados, nem sobraria espaço para as propriedades privadas (BRASIL,1983).

Entretanto, ainda não foi harmonizado pela Suprema Corte o conflito existente entre a exigência da ininterrupção da ocupação indígena com a compreensão da manutenção da qualidade de indígena de determinado território quando desocupado na data da promulgação da Constituição Federal por decorrência de atos de violência.

Nota-se que o Ministro Ayres Britto, quanto à privação da posse direta da terra na data da Constituição em decorrência de atos de violência, entende que não descaracterizaria a ocupação tradicional, ao dispor que

onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, é claro que o caso não será de perda da tradicionalidade da posse nativa. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional. Para isso é que servem as regras constitucionais da inalienabilidade e da indisponibilidade das terras indígenas, bem assim a imprescritibilidade dos direitos sobre elas. Regras que se voltam para a proteção de uma posse indígena pretérita, visto que a Constituição mesma é que desqualifica a alegação de direito adquirido e em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não-índios como intransponível óbice à tentação hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios. (BRASIL,2009)

Esse entendimento já estava consagrado, a partir da Constituição de 1988, no julgamento da Ação Civil Originária nº 323-7, que tinha por objeto a declaração de nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais, concedidos pelo governo do Estado de Minas Gerais e incidentes sobre área de ocupação “imemorial” do povo indígena Krenak, passou-se a entender que o fato de não estar mais na posse de seu território tradicional não retiraria a natureza de terra indígena, conforme voto do Ministro Néri da Silveira (BRASIL, 1993):

Tratava-se de terras ocupadas por índios ao longo do tempo e se houve remoção, como ficou demonstrado nos autos, de forma violenta, isso não a descaracterizou como terras de índios.

Já havia surgido também no julgamento do Agravo Regimental na Ação Civil Originária nº469-RS, em 10 de maio de 2000, cujo objeto era a nulidade de títulos concedidos pelo Estado

do Rio Grande do Sul na área dos Kaingang do Toldo Ventara, em que o Ministro Relator Ilmar Galvão (BRASIL, 2000), afirmou que:

Diante de tais questões, é fora de dúvida que soa como de todo desinflante para seu deslinde todo e qualquer esclarecimento que se poderia acrescentar ao laudo, acerca da quantidade de índios remanescentes ou do grau de sua aculturação, de seus costumes atuais, de sua condição, ou não, de eleitores, etc.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal nunca estabeleceu objetivamente, quanto tempo antes da Constituição Federal de 1988 se admite que o esbulho tenha ocorrido “legitimamente”, enquanto um ato de conquista, como defende o Ministro Nelson Jobim (BRASIL, 1998), ou se de fato o direito originário não prescreve ante o esbulho das comunidades indígenas, independente das intenções do autor da violência.

Ante essa incerteza, se observa que alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal têm aplicado aleatoriamente essa *ration decidendi*, limitando o direito territorial indígena quando esse apossamento se dá até mesmo em 50 anos antes da Constituição de 1988, em que as vítimas e testemunhas oculares do esbulho ainda estão vivas, a exemplo do julgamento Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087-DF<sup>33</sup>, de 13 de agosto de 2014, mais adiante comentado.

Contribuiu também na construção do entendimento do acórdão que apreciou o caso Raposa Serra do Sol, o Recurso Extraordinário nº 219.983-3 (BRASIL, 1998), julgado em 09 de dezembro de 1998, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que se discutia se o art.20, incisos I e XI, da Constituição de 1988 alcançava terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas dando origem ao enunciado nº 650 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por índios em passado remoto”.

Nesse julgamento do Recurso Extraordinário nº 219.983-3, o Ministro Marco Aurélio, relator do acórdão, indagou, se considerando as Constituições anteriores e a Constituição de 1988, ao que se refere às *terras que tradicionalmente ocupam*, “é dado concluir estarem albergadas situações de há muito ultrapassadas, ou seja, as terras que foram, em tempos idos, ocupadas por indígenas?” Segundo o Ministro, a resposta é,

---

<sup>33</sup> Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, com pedido de medida liminar, interposto por Avelino Antonio Donatti, contra acórdão proferido pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça que denegou a segurança pleiteada com o fim de cassar ato do Ministro de Estado da Justiça, consubstanciado na Portaria 3.219, de 7/10/2009, na qual foi declarada a posse permanente da terra indígena Guyraroka, situada em área do Estado do Mato Grosso do Sul, à etnia Guarani Kaiowá.

desenganadamente, negativa, considerado não só o princípio da razoabilidade, pressupondo-se o que normalmente ocorre, como também a própria letra dos preceitos constitucionais envolvidos. Os das Cartas anteriores, que versavam sobre a situação das terras dos silvícolas, diziam da ocupação, ou seja, de um estado atual em que revelada a própria posse das terras pelos indígenas. O legislador de 1988 foi pedagógico. Após mencionar, na cabeça do artigo 231, a ocupação, utilizando-se da expressão ‘...as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens’, veio no §1º desse mesmo artigo, a definir o que se entende como terras tradicionalmente ocupadas (BRASIL, 1998).

Essa interpretação, segundo o Ministro Marco Aurélio, decorre da própria redação do art.231, §2º, da Constituição Federal, pois “cuida a Carta da República de deixar explícita a necessidade de ter-se, como atual, a posse” e conclui dizendo que é a “demonstração inequívoca de se haver preservado situação concreta por ela apanhada” (BRASIL, 1998), para novamente retornar à chamada Síndrome de Copacabana e afirmar:

Conclui-se, assim, que a regra definidora do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição de 1988, considerada a regência sequencial da matéria sob o prisma constitucional, não alberga situações como a dos autos, em que, em tempos memoráveis, as terras foram ocupadas por indígenas. Conclusão diversa implicaria, por exemplo, asseverar que a totalidade do Rio de Janeiro consubstancia terras da União, o que seria um verdadeiro despropósito (BRASIL, 1998).

Nesse mesmo julgamento o Ministro Nelson Jobim (BRASIL, 1998), recordando-se de quando foi Ministro da Justiça e teve a oportunidade de se envolver com essa controvérsia sobre terras indígenas, em seu voto, manifestou-se no mesmo sentido quanto à tese da propriedade indígena das terras imemoriais, que segundo ele

começa numa conferência de João Mendes de Almeida sobre o indigenato. Ele cita, então, a figura do indigenato baseado no Alvará Régio de 1680, que se referia aos ocupantes primários e originários das terras. O problema é que as terras só passaram a ser de propriedade da União com a Constituição de 67. Antes, a Constituição de 34 que foi a primeira a constitucionalizar a questão indígena, meramente mandou respeitar a posse das áreas ocupadas pelos indígenas, mas não definiu a propriedade. Tanto isso é verdade que todas as legislações posteriores a 34, até mesmo legislações posteriores a 1891, a um decreto do Presidente Washington Luís, estabelecem a necessidade do Serviço de Proteção aos Índios, que veio a ser substituído depois pela FUNAI, de negociar com os Estados.

Há até um extraordinário parecer do Professor Néri da Silveira, quando Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul, sobre uma questão que surgiu naquele Estado envolvendo o Governador Walter Jobim, em 1946, sobre o Toldo Nonoi, em que S. Exa examina longamente o problema. Somente em 1967, o regime militar estabeleceu que as terras ocupadas pelos índios eram de propriedade da União. Até então, a regulamentação das terras ocupadas pelos índios era obra dos Estados, e isso era atribuição do Ministério da Agricultura, que negociava com os Estados a forma de legitimar a posse. Em 1988, começou a aparecer esta expressão, rejeitada amplamente na Assembleia Constituinte e repetida pelo ministro Moreira Alves, a chamada

"posse imemorial". Esse conceito nada tinha a ver com o jurídico, mas com o antropológico, e os grupos indigenistas pretendiam com isso retomar o conceito de posse imemorial para recuperar o indigenato de João Mendes, na famosa Conferência de 1912. Por isso, quando se definiu as terras indígenas, no texto do artigo 231 da Constituição Federal, houve uma longa discussão - e aqui quero contar com a memória do eminente ministro Maurício Corrêa -, num trabalho imenso do senador Severo Gomes, que esclarece perfeitamente a questão da definição das terras indígenas.

A terra indígena no Brasil, por força da definição do parágrafo 1º do artigo 231, se compõe de quatro elementos distintos. O primeiro deles:

‘Art. 231 .....

§ 1o - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, ...”

Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra ‘tradicionalmente’ não é a posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional. Agora, a terra indígena não é só a área possuída de forma tradicional pelos índios.

Há um segundo elemento relevante:

‘... as utilizadas para suas atividades produtivas, ...’

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

O terceiro elemento que compõe esse conceito de terra indígena:

‘.. as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar ...’

E, por último:

‘.. e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.’

A partir da composição desses quatro elementos surgem, então, os dados objetivos e históricos para a demarcação da terra indígena.

Com esse raciocínio o Ministro Nelson Jobim adere ao voto do Ministro Relator Marco Aurélio e registra a importância de seus fundamentos para “repor, no seu devido lugar, a questão dessas terras indígenas e acabar com essa pretensão” (BRASIL, 1998), firmando um entendimento reproduzido em casos semelhantes (RE nº. 249.705-3/SP; RE nº. 285.098-5/SP; RE nº. 330.849-1/SP; e, RE nº. 335.887-1/SP)<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Em 2010, a Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) apresentou à Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, proposta enunciado de Súmula Vinculante, consolidar o entendimento de que os incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal (são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios) não alcançam terras de aldeamentos extintos antes de 5 de outubro de 1988, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. A Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), da qual participam a ministra Ellen Gracie (presidente) e os ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, se manifestou pelo arquivamento da Proposta de Súmula Vinculante (PSV) nº 49, sob o fundamento de que no Recurso Extraordinário, do qual originou a Súmula 650/STF, a discussão não guardava relação alguma com o tema da demarcação de reservas indígenas, e que a Confederação “busca, claramente, obter uma nova e mais ampla dimensão do texto sumular, desvinculando-o, por completo, da restrita questão jurídico-constitucional que o originou”. Os Ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski entenderam que a deliberação sobre a edição de

Assim, considerando a tendência do *campo* jurídico brasileiro em construir a norma jurídica em um momento posterior a edição legislativa, em que a jurisprudência assume o protagonismo da criação de normas gerais, conduzindo os magistrados fundamentarem suas decisões em julgados precedentes que se codificam, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, de maneira não unânime, tem consolidado os seguintes entendimentos, extraídos do art.231, §1º da Constituição Federal de 1988:

1) A utilização recorrente da chamada “Síndrome de Copacabana”, utilizada sempre como forma de atemorizar a todos com uma eventual reivindicação dos povos indígenas de todo o território brasileiro, ou ao menos de áreas nobres do território nacional, como o Bairro de Copacabana no Rio de Janeiro, com fundamento na originariedade do direito territorial indígena;

2) A vinculação do direito territorial sempre à ancianidade e ininterrupção da posse, ou seja, a ocupação indígena atual e ligada a elementos arqueológicos, independente do direito territorial indígena ter sido ampliado a partir da regra constitucional do art.231, §1º, da CRFB/88 que identifica diversas possibilidades de qualificação de uma área como terra indígena;

3) A Constituição Federal teria estabelecido a data certa, ou seja, a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988), como “insubstituível referencial” para considera o direito territorial indígena sobre um determinado espaço geográfico; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam naquela data específica;

4) O consentimento relativo e arbitrário dos espaços territoriais indígenas que esses povos eventualmente tenham sido privados da posse direta na data da promulgação da Constituição, em decorrência de atos de violência, o que em tese não descaracterizaria a ocupação tradicional;

5) Uma tendência em se manter o mesmo entendimento jurídico (norma jurídica) estabelecido desde o texto constitucional de 1946, mesmo havendo uma grande distinção em relação ao texto da Constituição de 1988.

Diante dessa observação, questiona-se a possibilidade de se admitir uma interpretação do texto constitucional em que a tradicionalidade da ocupação indígena fosse reconhecida independente da existência de elementos arqueológico, de uma ancianidade da posse e da sua ininterrupção a partir do disposto no art.231, §1º.

---

enunciado de súmula a respeito do assunto dependeria da existência de uma inequívoca consolidação jurisprudencial da matéria no exato sentido pretendido pela CNA, restando carente esse requisito formal de existência de reiteradas decisões do Supremo (BRASIL, 2010).

Para que se possa tentar responder a essa questão é necessário observar que o Supremo Tribunal Federal, não de maneira pacífica, tem atribuído força vinculante ao julgamento do caso Raposa Serra do Sol, embora os Ministros tenham, por maioria, no julgamento dos Embargos de Declaração na Petição nº3388, de relatoria do Ministro Relator Roberto Barroso, entendido que “a decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico”, o que significa que “os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar” (BRASIL, 2013).

Além da inexistência de efeito *erga omnes* do julgamento da Petição 3388, no julgamento de um dos Embargos de Declaração, interposto pelo senador Augusto Affonso Botelho Neto, foi negado provimento ao pedido de exclusão de uma área demarcada por ser de ocupação privada desde 1918, com domínio reconhecido por sentença proferida em ação discriminatória, transitada em julgado em 1983, em virtude do caráter originário do direito dos índios, preponderante sobre quaisquer outros, assim definido pelo Ministro Relator Roberto Barroso:

Não verifico qualquer vício quanto ao ponto, que foi expressa e claramente examinado no acórdão embargado. Já em sua ementa, o julgado destacou o caráter originário do direito dos índios, que preponderaria sobre quaisquer outros. Observou-se, ainda, que a ‘tradicionalidade da posse nativa [...] 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’ (BRASIL, 2013).

Contudo, o Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL,2013) afirma que “o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões”.

É exatamente a desarmonia desse entendimento entre os próprios Ministros da Suprema Corte e a desconsideração do caráter originário do direito a ser protegido, que se observa nos julgamentos do Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 31.100-DF (BRASIL, 2014a) e do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087-DF (BRASIL, 2014b).

No caso do acórdão do Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 31.100-DF<sup>35</sup>, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 13 de agosto de 2014, no que se referiu

---

<sup>35</sup> Trata-se Agravo Regimental contra decisão monocrática em mandado de segurança preventivo, com pedido de medida liminar, impetrado por Jurandyr D’Ávila Assumpção e Maria Elena Ortiz Assumpção, contra ato ‘em vias de ser praticado’ pela Presidente da República, consistente na homologação da demarcação da Terra Indígena denominada Jatayvary, ocupada pelo grupo indígena Guarani Kaiowá, a ser promovida pela Fundação Nacional do

à alegada violação do marco temporal imposto no acórdão referido, para a caracterização da área como tradicionalmente indígena, qual seja, a promulgação da Constituição Federal em 5/10/1988, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que a decisão proferida na Petição 3388/RR, ou seja, em ação popular, seria desprovida de força vinculante e não se estende de forma automática, conforme ementa abaixo, como os destaques feitos aqui:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “EM VIAS DE SER PRATICADO” PELA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - O exame de todas as alegações expostas na exordial da impetração, em face da complexidade da discussão que a permeia, não se revela possível sem apreciação adequada do contexto fático-probatório que envolve a controvérsia, inexecutável, todavia, nos estreitos limites do mandamus. Precedentes. II - O processo administrativo visando à demarcação de terras indígenas é regulamentado por legislação própria - Lei 6.001/1973 e Decreto 1.775/1996 -, cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. III - Não há qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, conforme se verifica nos autos, a recorrente teve oportunidade de se manifestar no processo administrativo e apresentar suas razões, que foram devidamente refutadas pela FUNAI. **IV - O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, fírmou o entendimento no sentido de que “A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros, processos em que se discuta matéria similar”.** V - Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2014a).

Contudo, posteriormente, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087-DF, após a mudança regimental que transferiu para as Turmas a competência para julgar mandados de segurança, o Relator originário, Ministro Ricardo Lewandowski, manteve seu entendimento do voto proferido no Mandado de Segurança nº 31.100-DF, valendo-se das considerações da Procuradoria Geral da República, abaixo transcritas, quanto o reconhecimento do direito territorial indígena:

a demarcação de terras indígenas é matéria propícia a debates fervorosos e palco de interesses antagônicos. Convém, todavia, ressaltar que a Constituição Federal de 1988 reconhece, expressamente, o direito originário das comunidades indígenas sobre terras tradicionalmente ocupadas, conceituando-as como aquelas

---

Índio – FUNAI, com suporte na determinação constante da Portaria 499, de 25/4/2011, do Ministério da Justiça, em que umas das alegações é a violação do marco temporal imposto no acórdão do referido julgamento para a caracterização da área como tradicionalmente indígena, qual seja, a promulgação da Constituição Federal em 5/10/1988.

'que destinam-se a sua posse permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo usos, costumes e tradições' [CF, art. 231, § 1º].

Assim, ao criar espécie de posse normativa em favor dos povos indígenas, não exige como pressuposto a exatidão dos registros de ocupação anterior.

Outra consequência a ser assinalada, também oriunda do texto constitucional, é a impossibilidade de se consolidarem quaisquer direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas por índios.

Estas devem ser objeto de mera declaração do poder público, dando notícia de seu caráter originário. Não prevalecem, em tais circunstâncias, títulos dominiais concedidos pelos estados, nulos de pleno direito face ao reconhecimento da ocupação tradicional (BRASIL, 2014b).

A posição do Ministro Ricardo Lewandowski estava lastreada no laudo antropológico apresentado, o qual deu base à edição da Portaria nº 3.219, objeto da impugnação através do mandado de segurança, no qual constava a informação, de que

Os Kaiowá só deixaram a terra devido às pressões que receberam dos colonizadores que conseguiram os primeiros títulos de terras na região. A ocupação da terra pelas fazendas desarticulou a vida comunitária dos Kaiowá, mas mesmo assim muitas famílias lograram permanecer no local, trabalhando como peões para os fazendeiros. Essa estratégia de permanência na terra foi praticada até início da década de 1980, quando as últimas famílias foram obrigadas a deixar o local (BRASIL, 2014b).

Entretanto, o Ministro Gilmar Mendes em voto vista e tornando-se relator para o acórdão com a adesão da Ministra Cármen Lúcia, afirmou que

Em complemento ao marco temporal, há o marco da tradicionalidade da ocupação. Não basta que a ocupação fundiária seja coincidente com o dia e o ano da promulgação, é preciso haver um tipo “qualificadamente tradicional de durabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios.” (voto Min. Ayres Britto, Pet. 3.388).

Nota-se, com isso, que o segundo marco é complementar ao primeiro. Apenas se a terra estiver sendo ocupada por índios na data da promulgação da Constituição Federal é que se verifica a segunda questão, ou seja, a efetiva relação dos índios com a terra que ocupam. Ao contrário, se os índios não estiverem ocupando as terras em 5 de outubro de 1988, não é necessário aferir-se o segundo marco.

A decisão impugnada pelo presente recurso ordinário chegou a mencionar a Pet 3.388 e, inclusive, transcreveu trechos relativos à definição dos marcos temporal e tradicional, nela delimitados. Realizou, contudo, equivocada interpretação da jurisprudência desta Casa.

Como visto, há mais de setenta anos não existe comunidade indígena na região reivindicada. Isto é, em 5 de outubro de 1988, marco objetivo insubstituível para o reconhecimento aos índios dos “direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, essas terras não eram habitadas por comunidade indígena há quase meio século!

O marco temporal relaciona-se com a existência da comunidade e a efetiva e formal ocupação fundiária. Caso contrário, em nada adiantaria o estabelecimento de tais limites, que não serviriam para evitar a ocorrência de conflitos fundiários. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, repita-se, não compreende a palavra “tradicionalmente” como posse imemorial (BRASIL, 2014b).

Por sua vez o Ministro Ricardo Lewandowsky manteve seu entendimento e confirmou seu voto, recordando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Supremo Tribunal Federal de que “a ocupação da terra pelos índios transcende ao que se entende pela mera posse da terra, no conceito do direito civil. Deve-se apurar se a área a ser demarcada guarda ligação anímica com a comunidade indígena”. De outro lado, o Ministro Gilmar Mendes novamente retorna ao temor da Síndrome de Copacabana ao afirmar que o citado Bairro

certamente teve índios, em algum momento; a Avenida Atlântica certamente foi povoada de índio. Adotar a tese que está aqui posta nesse parecer, podemos resgatar esses apartamentos de Copacabana, sem dúvida nenhuma, porque certamente, em algum momento, vai ter-se a posse indígena. Por isso que o Tribunal fixou o critério, inclusive em relação aos aldeamentos extintos que pegariam uma boa parte de São Paulo (BRASIL, 2014b).

A partir disso, prossegue o Ministro Gilmar Mendes, embora sob os protestos do Ministro Ricardo Lewandowsky de que “Copacabana” seria um argumento *ad absurdum*, redigindo o seguinte acórdão:

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. 1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. 2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). 3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol). 4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança (BRASIL, 2014b).

Os acórdãos dos mandados de segurança citados acima demonstram que o Supremo Tribunal Federal tem sido rigoroso em aplicar a data da promulgação de Constituição de 1988 como um marco temporal para o reconhecimento da ocupação indígena, contudo, tem relativizado o direito quando a comunidade indígena é privada de seu território, em decorrência de atos de violência, o que de acordo com a jurisprudência não descaracterizaria a ocupação tradicional.

Diante desses dados, observa-se que a interpretação do art.231, §1º da CRFB/88 identificado na jurisprudência tem sempre relacionado o direito territorial indígena a uma posse anterior e ininterrupta ou, quando muito, a elementos arqueológicos que revelem uma vinculação de determinado povo a um território ancestral.

Contudo, será que a tradicionalidade da ocupação indígena está sempre relacionada ao passado e, no caso do direito territorial indígena, o art.231, §1º da CRFB/88 permite como único caminho interpretativo a exigência de uma vinculação ao passado? Há uma coerência entre as normas jurídicas criadas a partir dos precedentes da Suprema Corte e as pretensões de reconhecimento de direitos da Constituição Federal 1988? Mais que isso, essas normas jurídicas extraídas pelo Supremo estão em harmonia com a insurgência dos povos indígenas a partir da promulgação da CRFB/88?

#### 4. A TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO INDÍGENA NO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A DISPUTA ENTRE A NORMA JURÍDICA VIVENCIADA E A NORMA JURÍDICA REPRESADA PELA MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL

A partir do capítulo anterior se pode observar que ao interpretar o texto constitucional disposto no art.231, no julgamento da Petição nº 3.388/RR, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o reconhecimento dos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, seria uma *“maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios”* (BRASIL, 2009).

Quanto, especificamente, às “terras que tradicionalmente ocupam”, a Corte Constitucional entendeu que se exige *“que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica”* (BRASIL,2009), por isso justificou o estabelecimento de um *“marco temporal de ocupação (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene”* (BRASIL,2009).

Para estabelecer esse marco temporal de reconhecimento do direito territorial indígena sobre as terras tradicionalmente ocupadas (*teoria do fato indígena*), a Suprema Corte se valeu de uma interpretação literal da expressão *“habitat”* para concluir pela existência de um elemento temporal na ocupação indígena, ao considerar que haveria aí um sentido de localização da comunidade, de maneira não ocasional, na data da promulgação da Constituição (FERRAZ, 2004).

Observa-se que o ponto central das razões do Supremo Tribunal Federal está na interpretação da expressão “terras que tradicionalmente ocupam”, que, embora esteja esmiuçado no §1º do art.231 da Constituição Federal, com lastro na doutrina de José Afonso da Silva,

conclui-se que aquelas hipóteses de terras indígenas ali dispostas, seriam quatro condicionantes, “todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha” (SILVA, 2005:855), para qualificar um espaço territorial como indígena.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal interpreta a “ocupação tradicional” como se fosse uma cláusula “vaga”, não distinguindo *conceito* de *concepção* (DWORKIN, 2002), diferenciando a norma jurídica do texto jurídico no momento de sua concretização, entretanto, de maneira oposta à teoria normativo-estruturante de Müller, segundo o qual,

o teor literal funciona, de acordo com o tipo da norma, de maneiras distintas, como diretrizes e limite da concretização admissível. A interpretação do texto da norma é um componente importante, mas não o único da implementação de sinais de ordenamento normativo em casos determinados. Por isso não mais devemos falar de interpretação ou explicação, mas sim de concretização da norma (MÜLLER, 2005:105).

A interpretação do Supremo Tribunal Federal, como se observa no quadro abaixo, está mais próxima do texto da Constituição de 1946 e da compreensão que a Corte tinha em 1961, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 44.585, do que o disposto na literalidade do art.231, §1º da Constituição 1988. Embora diante de textos distintos, em ambos os casos, no momento de sua concretização, se recorre ao estabelecimento de um marco temporal que limita o reconhecimento do direito:

<b>Constituição</b>	<b>1946</b>	<b>1988</b>
<b>Texto Constitucional</b>	Art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.	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.
<b>Norma Constitucional</b>	“Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque disse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com nosso conceito, essa área, na qual e da	“O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2.

	<p>qual viviam, era necessária a sua subsistindo. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar.” (Trecho do voto do Ministro Victor Nunes Leal no Recurso Extraordinário nº 44.585 (BRASIL, 1962).</p>	<p>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.” (Trecho do Acórdão da Pet.3388) (BRASIL, 2009)</p>
--	---	--

Com efeito, esse capítulo terá a função de investigar se de fato a interpretação realizada pelo STF do art.231, § 1º da Constituição Federal, permitiu uma adequada seletividade das expectativas criadas com a promulgação do texto constitucional, sobretudo aos povos indígenas, ou se conduziu a uma concretização desconstitucionalizante, atuando no sentido da manutenção do *status quo* social, servindo “à permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de Constituição, cuja efetivação relevante importaria profundas transformações sociais” (NEVES, 1996:324).

Para isso será importante analisar as seguintes questões: 1) A expressão “terras que tradicionalmente ocupam” é “vaga” e admite a aplicação da concepção do Supremo Tribunal Federal ? 2) É possível, a partir da teoria da mutação constitucional, admitir que o art.231, § 1º da Constituição Federal de 1988 tenha seu sentido alterado para se admitir a limitação temporal do direito territorial indígena ? 3) Ante a relação entre direito territorial indígena e quilombola, como este último tem sido concretizado pela jurisprudência dos tribunais inferiores ? 4) Como os povos indígenas interpretam o art.231, § 1º da Constituição Federal de 1988 a partir das experiências de reivindicação dos indígenas do Nordeste e dos novos conflitos urbanos no Norte ? 5) Como pensar uma tradicionalidade que se distancie de uma perspectiva arqueológica e etnocêntrica ? 6) Como se aproximar de uma concretização constitucionalizante do art.231, § 1º da Constituição Federal ?

#### 4.1. AS “TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM”: UMA TENTATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE TORNAR “VAGA” UMA EXPRESSÃO TEXTUALMENTE DELIMITADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Não é adequado considerar “*terras que tradicionalmente ocupam*” como uma cláusula “vaga” a ser preenchida pelo intérprete. Dworkin (2002:209) observa, especificamente em relação a *Bill of Rights*, mas que também é aplicável a Constituição brasileira, que padrões “vagos” são escolhas do legislador, para que sua orientação teórica não se baseie na supremacia das maiorias, já que seu objetivo é proteger os cidadãos ou grupos de cidadãos contra decisões que a maioria deseja mesmo sob a justificativa de que se está atendendo o interesse geral ou comum.

Portanto, a partir do substrato teórico de Dworkin (2002), observa-se que o constituinte não permitiu que a Suprema Corte aplicasse a sua *concepção* do que seriam “*terras que tradicionalmente ocupam*”, já que no parágrafo primeiro estabeleceu exatamente o *conceito* ao dispor que seriam aquelas terras 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.

Também não se pode considerar uma interpretação que admita a possibilidade de tratar-se de condições que caracterizam determinada terra como indígena, porque quando o texto constitucional exige condições simultâneas ele o faz expressamente como no art.186<sup>36</sup> da CRFB/88, ao definir que a função social será cumprida quando a propriedade rural atender, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: i) aproveitamento racional e adequado; ii) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; iii) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e iv) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Não é apenas isso, mas também porque é possível que parte do território habitado não seja utilizada para atividades produtivas, como também, espaços imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais não se destinem à reprodução física e cultural. Mais ainda, poderiam ser

---

<sup>36</sup> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

inclusive contraditórios, já que determinados espaços ambientalmente protegidos não poderiam ser destinados a atividades produtivas.

Importante recordar que não se deve confundir o conteúdo da norma com o texto legal. Sem dúvida as “normas jurídicas não são idênticas aos seus textos de normas” (MÜLLER, 2005:104). Entretanto, também não se pode distanciar do conteúdo material contido no texto como esclarece Müller, para quem

a normatividade praticamente atuante de prescrições jurídicas é co-constituída também pelo teor material do âmbito da norma. Na perspectiva vinculante do programa da norma (formulado no texto da norma), o âmbito da norma é destacado a partir dos teores materiais genéricos da esfera de regulamentação da prescrição (MÜLLER, 2005:104).

À necessidade de se manter uma relação entre a norma e o texto escrito, Häbeler (2002:13) acrescenta a ideia de que

no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Portanto, “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la” (HÄBELER, 2002:13). Assim, “quando não há uma relação consistente entre texto e atividades concretizantes” se está diante de uma concretização desconstitucionalizante, onde o texto constitucional se torna “uma referência distante dos agentes estatais e cidadãos, cuja práxis desenvolve-se frequentemente à margem do modelo textual de Constituição” (NEVES, 1996:323).

É exatamente essa crise de normatividade, com uma concretização desconstitucionalizante, observada no acórdão do julgamento da Petição nº 3.388/RR, na qual incidiu o Supremo Tribunal Federal ao não integrar a “esfera pública pluralista” (NEVES, 1996:324) nesse processo de interpretação em que criou uma limitação temporal a um direito tido como originário e o vinculou a um tempo linear, embora desde os debates da Convenção 169/OIT e da Constituinte de 1987 se havia positivado essa desvinculação, passando a associar o direito territorial ao seu modo de exercê-lo, que é a ocupação tradicional indígena e não a ocupação imemorial.

Ora, considerando que a Corte Constitucional tem o papel de realizar a função estabilizadora e congruentemente generalizante da seletividade das diversas expectativas normativas constitucionais (NEVES, 1996:324), observa-se que ela não se atentou para como os povos indígenas interpretaram o art.231, §1º da Constituição Federal, o que pode ser feito a partir

de uma análise do comportamento desses grupos antes da promulgação da Constituição Federal, o que provocou a sua redação atual, bem como posteriormente, como efeito dessa construção.

Essa análise revelará a grande contradição no fato de que, para a Suprema Corte, essa promulgação, efeito e causa da ação do movimento indígena, deveria ser tida como o referencial para que nenhuma expectativa fosse criada em torno de direitos assegurados na literalidade do texto, que embora seja tão inovador em relação às constituições anteriores, acaba sendo compreendido como se não tivesse sido alterado, realizando uma aplicação limitada do instituto do *indigenato* de 1912.

Com o julgamento da Petição nº 3.388/RR, o Supremo Tribunal Federal tentou provocar uma mutação constitucional da expressão “*terras que tradicionalmente ocupam*”, desconsiderando o teor do conceito do parágrafo primeiro do art. 231, para limitar no tempo o reconhecimento do direito territorial indígena.

Assim, retoma-se a segunda questão colocada para investigar se pela teoria da mutação constitucional é possível a construção de uma concepção tão distinta do texto normativo, principalmente a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em outros casos em que se exigiu uma adequação do texto constitucional às expectativas contemporâneas. Ou seja, é possível, a partir da teoria da mutação constitucional, admitir que o art.231, §1º da Constituição Federal de 1988 tenha seu sentido alterado para se admitir a limitação temporal do direito territorial indígena?

#### 4.2. A TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS LIMITES INTERPRETATIVOS.

O princípio da supremacia constitucional, que coloca o texto da Constituição em posição de superioridade em relação às demais normas do sistema jurídico se fundamenta em dois pilares básicos: a força normativa da Constituição e a rigidez constitucional. A força normativa refere-se à aplicação direta da interpretação do texto constitucional que permita a resolução de casos concretos, ou seja, a eficácia da norma jurídica extraída da interpretação. Já a rigidez do texto constitucional conduz ao entendimento de que a sua alteração depende de procedimentos

legislativos específicos e diferenciados previsto em seu próprio texto, por essa razão é que tudo o que pode ser modificado informalmente deve ser feito dos limites para o interior do texto, por interpretação (CADENA, 2010).

Dessa forma, se, por um lado, os limites da força normativa da constituição situam-se onde a norma constitucional não se enquadra com a disposição individual do presente, esses limites, por outro lado, não são rígidos, pois, a própria “vontade da constituição” constitui parte dessa disposição, podendo ampliar consideravelmente tais limites (HESSE, 1992:70). Segundo Hesse (1997:49), a “força normativa da Constituição está condicionada por cada *vontade atual* dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição”.

É essa “vontade atual” que conduz às “alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação” (MENDES, 2008:129). Trata-se da mutação constitucional que consiste em um

processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais (BULOS, 1997:57).<sup>37</sup>

Para isso, é necessária uma nítida separação entre texto e norma constitucional, que de acordo com a teoria estruturante de Müller, em que o texto redigido pelo legislador é o ponto de partida da dogmática para a construção objetiva da norma, que acontece na apreciação do caso concreto (ADEODATO, 2011).

Assim, é no momento da formação da norma jurídica (interpretação do texto constitucional) que surge a possibilidade da mutação constitucional, tema extremamente recorrente na doutrina de direito constitucional e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por tratar da possibilidade de alteração das normas constitucionais sem que haja mudanças por meio do processo legislativo formal de emenda à Constituição, mas para adequá-la as mudanças ocorridas na sociedade.

Neto & Sarmiento (2013:340) entendem que a mutação constitucional decorre da “mudança na opinião pública e nos valores comunitários, impulsionada por diversos movimentos sociais

---

<sup>37</sup> Há uma grande variação doutrinária quanto à terminologia utilizada como sinônimo de mutação constitucional, a exemplo das expressões transição constitucional ou revisão informal (CANOTILHO, 1993:231), processos oblíquos (CUNHA FERRAZ, 1986:12); processos não formais (BISCARETTI DI RUFFIA, 1986:86); vicissitude constitucional tácita (MIRANDA, 1991:133).

que se mobilizaram em favor da justiça e da inclusão social de grupos até então excluídos”, provocando uma alteração na interpretação de uma cláusula constitucional. Essas alterações, que envolvem mudanças nas próprias relações sociais e históricas, impõem um equilíbrio entre a rigidez da constituição e sua mobilidade, pois, segundo HESSE (1998:45),

somente elas possibilitam satisfazer a transformação histórica e a diferenciabilidade das condições de vida [...] porque elas, em seu efeito estabilizador, criam aquela constância relativa, que somente é capaz de preservar a vida da coletividade de uma dissolução em mudanças permanentes, imensas e que não mais podem ser vencidas.

Assim, a mutação constitucional, através da via interpretativa, ocorre, segundo Cunha Ferraz (1986:38):

a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.

Todavia, essa mutação não é um processo harmonioso e livre de conflitos entre os poderes da República e os demais intérpretes constitucionais (HÄBELER, 2002), porque se de um lado esboça uma possibilidade do texto constitucional se manter atualizado, de outro interfere no equilíbrio de forças, principalmente entre o Poder Judiciário o Legislativo,<sup>38</sup> além de possibilitar que fatores reais de poder atropelam a força normativa da Constituição (NETO & SARMENTO, 2013:341), imobilizando o texto constitucional ou conduzindo a uma concretização desconstitucionalizante no momento de aplicação da norma jurídica (NEVES, 1996).

Considerando esse complexo contexto, em que estão presentes “injunções econômicas, políticas, familiares, de boas relações etc.” (NEVES, 1996), a doutrina diverge quanto as várias possibilidades em que podem se dar a mutação constitucional, a exemplo de Hsü Dau-Lin (apud NETO & SARMENTO, 2013), que visualiza quatro possibilidades, quais sejam: por mudança das práticas que não violam a Constituição, pela alteração ante a impossibilidade de aplicação de norma constitucional, a decorrente da adoção de uma prática contrária à Constituição e a mutação

<sup>38</sup> Um das crises institucionais ocorreram na Reclamação nº 4.335-5 ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre em face da decisão do Magistrado que indeferiu a progressão de regime com fundamento de que a decisão do Plenário do Supremo Tribunal, que declarou “incidenter tantum” a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), por via do *Habeas Corpus* nº . 82.959, só teria efeito *erga omnes* por decisão do Senado Federal (art. 52, X, da Constituição de 1988). Nesse caso o STF, por maioria de votos julgou procedente a reclamação.

por interpretação constitucional. Essa posição também é compartilhada por Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986:12) que acrescenta à possibilidade de “mutações inconstitucionais”. Uadi Lammêgo Bulos (1997:71), classifica em

- a) as mutações constitucionais operadas em virtude da interpretação constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos;
- b) as mutações decorrentes das práticas constitucionais;
- c) as mutações através da construção constitucional;
- d) as mutações constitucionais que contrariam a Constituição, é dizer, as mutações inconstitucionais.

Marcelo Neves (1996) distingue duas possibilidades: as mudanças decorrentes da interpretação/aplicação constitucional e as alterações resultantes da práxis política, independentemente de atividade hermenêutica em face do texto constitucional. Para Luís Roberto Barroso (2009:125) a possibilidade de mutação pode ocorrer por atuação do legislador, além da decorrente da mudança na interpretação constitucional e pela via do costume.

NETO & SARMENTO (2013) partindo do pressuposto de que a mutação constitucional decorrerá de alguma alteração ocorrida no quadro das relações sociais que compõem o pano de fundo da ordem jurídica, no qual se incluem os fatos e os valores sociais, e são captadas por órgãos estatais, através de suas decisões incorporadas ao universo jurídico-constitucional, concluem que é possível a mutação constitucional por intermédio de mudança jurisprudencial, por ato legislativo ou por práticas ou decisões do governo.

Um exemplo da mutação decorrente da alteração jurisprudencial<sup>39</sup> foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF nº132 e da ADI nº4277, em que os Ministros, por unanimidade, manifestaram-se pela procedência das respectivas ações constitucionais, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e aplicando à mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil, dispondo o seguinte trecho no acórdão da ADPF nº132:

O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não

---

<sup>39</sup> Com base na cláusula da *equal protection of the laws*, consagrada na 14ª Emenda —, a Suprema Corte norte-americana, no final do século XIX, validou a segregação racial oficial (*Plessy v. Ferguson*), para depois suprimi-la, em meados do século XX (*Brown v. Board of Education*). A igualdade, por outro lado, passou a ser empregada a partir da década de 70 para se promover o enfrentamento da discriminação de gênero, e, mais recentemente, também para a defesa dos direitos dos homossexuais (*Romer v. Evans*), o que se afigurava inconcebível em 1868, por ocasião da edição da 14ª Emenda (NETO & SARMENTO, 2013: 339).

limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. [...]

[...] A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família” (BRASIL, 2011).

Trata-se de um exemplo de como, a partir da interpretação do texto constitucional, mais especificamente do conceito de “família”, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma norma constitucional que permitiu a união homoafetiva, afirmando expressamente que não se poderia seguir um caminho oposto, que ressuscitasse o disposto nas Cartas constitucionais de 1967/1969. Observa-se que a Suprema Corte entendeu que havia uma diferença entre os textos constitucionais de 1967/1969 e a Constituição de 1988, mesmo não tendo sido esse o objetivo do legislador constituinte quando discutiu a questão de gênero na união estável, conforme transcrição abaixo do Voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’ facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolá interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - Isso é coação moral irresistível.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Concedo a palavra ao relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).”

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showístico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no §º: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolá interpretação deste austero texto

constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - Isso é coação moral irresistível.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Concedo a palavra ao relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).

Portanto, a mutação constitucional decorrente do precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal não está relacionada ao passado ou a suposta intenção do legislador constituinte, mas à atuação do movimento LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros), que conseguiu a adesão de grande parte da sociedade civil, demonstrando que “família”, há muito tempo, já tinha outra concepção socialmente admitida e não vedada no texto constitucional.

Quanto à possibilidade da mutação constitucional decorrente de um ato legislativo, ocorre, segundo NETO & SARMENTO (2013:339) quando, “ao regulamentar e concretizar a Constituição, ele muitas vezes opta por um dentre diversos significados possíveis do texto constitucional”, como também quando interpreta texto constitucional referente às suas prerrogativas como no caso do art.188, §§1º e 2º, da CRFB/88, segundo os quais

Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.

§ 1º - A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional.

§ 2º - Excetuam-se do disposto no parágrafo anterior as alienações ou as concessões de terras públicas para fins de reforma agrária.

De acordo com Pareceres Jurídicos da Comissão Parlamentar de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural, bem como da Comissão Parlamentar de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, é desnecessária a autorização do Legislativo no caso de regularização fundiária em unidades de conservação de uso sustentável, como se observa na transcrição abaixo:

Nesse sentido, a questão quer nos parecer de fácil solução, uma vez que depende, tão somente, do perfeito enquadramento na esfera do Direito Agrário da atividade extrativista. Nesse sentido, nossos doutrinadores são unânimes em confirmá-la como atividade típica agrária. Veja-se, entre outros, Raymundo Laranjeira (Propedêutica do Direito Agrário - São Paulo, LTr, 1975, pag. 39), Fernando Pereira Soderó (Extratativismo Vegetal e Animal, in Enciclopédia

Saraiva de Direito – Direito Agrário) e Gizelda Novaes Hironaka (Atividade Extrativa – Parte Especial in Revista de Direito Civil, nº 34, pag. 85)” (BRASIL, 2006).

Portanto, observa-se que por tratar-se de imóveis destinados à regularização de núcleos de famílias rurais, a exigência de autorização do Congresso Nacional não seria necessária (VIEGAS, 2014). O que decorre de uma ampliação do conceito de “terras públicas para fins de reforma agrária” para incluir que as unidades de conservação, numa manifesta mutação constitucional consequência da capacidade que articulação dos movimentos rurais, como o Conselho Nacional de Seringueiros (CNS) e a Comissão Pastoral da Terra (CPT).

Outro exemplo que não se pode deixar de observar é como se deu a instituição da política afirmativa de cotas étnico-raciais para acesso ao ensino superior no Brasil, que embora tenha sido admitida sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº186, haviam antes sido instituídas por legislações estaduais e federais,<sup>40</sup> em atendimento as reivindicações do movimento negro (NETO & SARMENTO, 2013).

Por fim, a mutação pode ser consequência do Poder Executivo, como foi emblemático o caso do direito territorial das Comunidades Quilombolas, comentado no subcapítulo seguinte, em que a partir do Decreto nº 4.887/2003, que revogou o Decreto nº 3.912/2001, se regulamentou “o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, estabelecendo no art.2º o critério da auto-identificação, e adequando o conceito de quilombola a realidade histórica nacional.

Observa-se que se por um lado a mutação constitucional é necessária para adequar a Constituição à dinâmica contemporânea, de outro lado, o reconhecimento de limites à mutação é essencial para preservar a força normativa e a rigidez da constitucional, o que é uma discussão ainda distante de pacificar-se na doutrina jurídica, que caminha desde o estabelecimento de limites expressos até o reconhecimento de que, por tratar-se de um fenômeno decorrente de forças elementares que sofrem variações, não se poderia utilizar os limites implícitos, entendendo que

as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir – mas de natureza subjetiva, e, até mesmo, psicológica – seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma

---

<sup>40</sup> A Lei 11.096/2005 que ao instituir ProUni estabeleceu um percentual de bolsas de estudo destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou de autodeclarados indígenas e negros. (art. 7º, II); Lei 12.288/2010, que Institui o Estatuto da Igualdade Racial.

plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado [...]. Assim, evitar-se-iam as mutações inconstitucionais, e o limite, nesse caso, estaria por conta da ponderação do intérprete, ao empreender o processo interpretativo que, sem violar os mecanismos de controle da constitucionalidade, adequaria a Lei Máxima à realidade social cambiante. É inegável que esse limite subjetivo, consubstanciado no elemento psicológico da consciência do intérprete em não violar os parâmetros jurídicos, através de interpretações maliciosas e traumatizantes, não pode ser levado às últimas conseqüências, diante da realidade cotidiana dos diversos ordenamentos constitucionais. (BULOS, 1997:91).

O Konrad Hesse (1998) já havia ressaltado que os mecanismos de mudança da constituição, como instrumentos de recepção das alterações sociais no ordenamento constitucional, mais que necessários, são uma condicionante para o alcance da própria força normativa da constituição, em que

o persistente não deve converter-se em impedimento onde movimento e progresso são dados; senão o desenvolvimento passa por cima da normalização jurídica. O movente não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias; senão a tarefa da ordem fundamental jurídica da coletividade permanece invencível. (HESSE, 1992:45).

Todavia, próprio Hesse (1998) considerava inaceitável a ideia de ausência de limites à mutação constitucional, o que o levou a apontar que, embora se tenha tratado muito sobre os limites dos processos formais de mudança da constituição, pouco se discutiu sobre os limites aos processos informais de alteração, embora o estudo destes limites (HESSE, 1992). Por isso a importância de

parâmetros mais claros, que permitam responder à pergunta se houve uma mudança da Constituição. [...] Quando faltam tais parâmetros, então não cabe distinguir entre atos constitucionais e inconstitucionais porque a afirmação sempre possível da existência de mutação constitucional não pode ser provada, nem refutada. Isso nos obriga a levantar a questão relativa aos limites da mutação constitucional. (HESSE, 1992:84).

A doutrina reconhece que o primeiro e menos controvertido limite a ser observado é o próprio texto constitucional, já que a mutação não pode justificar alterações que contradigam o texto escrito, devendo ocorrer dentro das possibilidades interpretativas, caso contrário se deverá buscar o caminho da emenda constitucional (NETO & SARMENTO, 2013). Conforme Hesse (1992:101) o conteúdo da norma constitucional só poderá se modificar no interior do marco traçado pelo texto, assim, se é verdade que um texto pode ter mais de um significado, também é verdade que não pode ter infinitos (CALLEJÓN, 1997:108).

João Maurício Adeodato (2006:230) anota que o texto da norma é importante em sua concretização, pois assume a função de “fixar os limites (*Grenzfunktion*) a partir dos quais a

norma será concretizada. Nesse sentido, aproxima-se da ‘moldura’ kelseniana, pois o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção”. Portanto, admitir mutações constitucionais que violem o texto da Constituição implicaria negar a própria força normativa e a rigidez que garantem a supremacia constitucional, “tornando-a excessivamente dependente dos fatores reais de poder ou das preferências do intérprete de plantão”, (NETO & SARMENTO, 2013:314) e “gerando mutações inconstitucionais” (BARROSO, 2009:128).

No caso analisado, observa-se que o texto constitucional foi expresso em reconhecer aos índios “os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas”, esclarecendo tratar-se das “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”.

Não há razoabilidade em se extrair desse texto a existência de um “marco temporal de ocupação”, para afirmar que a Constituição Federal trabalhou com uma datação determinada, ou seja, a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988), como um referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico. Ora, interpretar dessa forma é desconsiderar que o texto não condicionou o direito à terra a uma data específica e nem a uma ocupação imemorial, vinculadas, ambas as hipóteses, a uma posse ancestral de determinado espaço.

Em verdade, o texto constitucional desvinculou o direito territorial ao tempo linear, como foi reivindicação dos povos indígenas durante os debates da constituinte, relacionando-o ao modo de utilização da terra, voltado para o futuro, ao afirmar que seria o espaço necessário ao seu bem-estar e a sua reprodução física e cultural.

Portanto, o sentido de perdurabilidade e de continuidade etnográfica sobre determinado território poderia ser extraído do texto da Constituição de 1946, que dispõe o direito à “posse das terras onde se achem permanentemente localizados”, mas não do texto constitucional de 1988, que reconhece o direito através da tradicionalidade da ocupação.

Acontece no julgamento da Petição nº 3.388 o que o doutrinador argentino Néstor Pedro Sagüés denomina de “manipulação constitucional” (2006:165), em que “ao invés de servir à Constituição, serve-se dela”, ao:

- (i) dar às palavras da Constituição um sentido absurdo; (ii) interpretar isoladamente um artigo da Constituição; (iii) realizar afirmações infalíveis e sem necessidade de demonstração; (iv) praticar analogias improcedentes; (v) postular

algo como regra, mas não aplicá-la sempre; e (vi) criar exceções que a Constituição não prevê.” (SAGÜÉS, 2006:172)

O autor argentino destaca que o tema da manipulação constitucional não é novo, e já apareceu na interpretação do *Instrument of Government* inglês, de 1653. O seu artigo 8º determinava que o Parlamento somente poderia ser dissolvido, sem o seu consentimento, após o lapso de cinco meses a contar do dia de sua primeira reunião. Interpretou-se que intervalo de tempo referia-se a meses “lunares”, e não meses “solares”, como era (e ainda é) comumente usado (SAGÜÉS, 2006:172).

A interpretação do Supremo Tribunal Federal no caso do território indígena de Raposa Serra do Sol foi tão distante do texto da Constituição de 1988, que é possível defender-se, inclusive, que seja objeto de controle de constitucionalidade, uma vez que o mesmo também “incide nas mutações constitucionais, da mesma forma que nos demais preceitos normativos, tanto na inconstitucionalidade formal quanto na material” (AGRA, 2007:17).

#### 4.3. O DIREITO TERRITORIAL QUILOMBOLA NA JURISPRUDÊNCIA COMO PARADIGMA DE DISCUSSÃO PARA DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA

Embora, historicamente, o direito territorial indígena no Brasil tenha servido de paradigma para a construção do direito territorial quilombola, a tradição jurídica nacional restringiu o direito indígena sobre suas terras como decorrência exclusiva do *indigenato*, que se refere à gênese de um direito fundado na ancestralidade dos povos indígenas no território nacional. Assim, não se avançou doutrinariamente, muito menos jurisprudencialmente, na possibilidade de se admitir que a Constituição de 1988 tenha introduzido o instituto da *territorialização*, comum na antropologia.

Assim, enquanto se tem avançado na interpretação do direito territorial das comunidades quilombolas, principalmente a partir de um novo entendimento do conceito de quilombo, não restrito apenas às resquícios dos antigos quilombos, mas a diversas formas de resistência e sobrevivências de grupos afrodescendentes, principalmente após a abolição da escravatura, nada tem surgido de novo no que se refere ao direito territorial indígena.

Dessa forma, esse subcapítulo tem por objeto observar como se deu as expectativas das comunidades quilombolas após o fim do instituto da escravidão, que em verdade marcou o início

da necessidade de construção de outras formas de reivindicação que devem ser observadas na interpretação do texto constitucional de 1988, mesmo porque foram causas da sua redação. Com isso, pretende-se provocar uma reflexão sobre novas possibilidades jurídicas do texto do art.231, §1º da CRFB/88, para além do *indigenato*, considerando as expectativas criadas pelos povos indígenas.

De início, registra-se que o direito territorial quilombola é um debate relativamente recente no Brasil e está longe de alcançar uma relativa precisão como em outros países da América Latina, a exemplo da Colômbia (ARRUTI, 2000). O direito das comunidades afrodescendentes somente veio a ser reconhecido pela primeira vez em 1988 quando da promulgação da atual Constituição Federal, que no art.68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previu:

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos (BRASIL, 1988).

No art.68 do ADCT aqueles que são os sujeitos dos novos direitos, são definidos por meio de uma categoria residual, a de “remanescentes”, tendo em vista a categoria histórica de “quilombos”, que remete a um tipo de formação social histórica desaparecida com a própria escravidão e que se caracterizou justamente pela busca de invisibilidade frente ao Estado (ARRUTI, 2000). Observa Almeida (2011:58) que o texto constitucional é posto em uma “moldura de passadismo, no entanto, havia dubiedades e problemas que se colocaram desde logo, rompendo com a ideia de monumentalidade e sítio arqueológico que dominara o universo ideológico dos legisladores”.

Em novembro de 1995 acontece a primeira iniciativa para normatização dos procedimentos de regularização das terras pertencentes às comunidades quilombolas, que foi a Portaria nº 307 do INCRA, que determinava que as comunidades quilombolas tivessem suas áreas demarcadas e tituladas, mediante a concessão de título de reconhecimento, com cláusula *pro indiviso*, na forma do que sugere o art.68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988.

Em novembro de 2000 foi editada a Medida Provisória 2.123/28 (BRASIL,2001a), alterando a Lei nº 7.668/88, e estabelecendo com atribuição da Fundação Cultural Palmares - FCP, vinculada ao Ministério da Cultura, a finalidade de realizar a identificação dos

remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação.

Em 10 de setembro de 2001, foi editado o Decreto nº 3.912 que, ao regulamentar o procedimento para titulação das terras de quilombo, estabeleceu que seriam contempladas pelo art. 68 as “terras que eram ocupadas por quilombos no ano de 1888” e as que estavam “ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988” (BRASIL, 2001b).

Sob esse regime jurídico criou-se uma contradição emblemática, de características individualistas e etnocêntricas, no sistema legal brasileiro, posto que, enquanto uma comunidade, a partir de uma vivência coletiva, se identificasse como afrodescendente, precisaria demonstrar que sua posse sobre as terras é datada de no mínimo 100 (cem) anos, qualquer cidadão, individualmente, que não tenha outro imóvel, passa a ser proprietário do bem possuído, sem oposição, com apenas 05 (cinco) anos de exercício fático de tal direito.<sup>41</sup>

Por outro lado, a Constituição Federal também prevê no §1º do art.215 que o “Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (BRASIL, 1988), o que acrescido das pesquisas antropológicas que revelam a inexistência de um “quilombo genérico” têm provocando uma ressemantização da expressão “comunidades quilombolas”.

Em 2002, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 129/95, que tinha o objetivo de regulamentar “o direito de propriedade das terras das comunidades remanescentes dos quilombos e o procedimento da sua titulação de propriedade imobiliária, na forma do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, adotando um conceito mais próximo do interpretado e vivenciado pelas próprias comunidades quilombolas, consideradas como “grupos étnicos de preponderância negra, encontráveis em todo território nacional, identificáveis segundo categorias de auto-definição, habitualmente designados por ‘Terras de Preto’, ‘Comunidades Negras Rurais’, ‘Mocambos’ ou ‘Quilombos’” (art.2º) (BRASIL, 2002a).

O referido projeto foi vetado integralmente pela Presidência da República, através da mensagem presidencial nº370, em 13 de maio de 2002, sob a fundamentação de

---

<sup>41</sup> Débora Duprat Pereira (2007:33) argumenta que “a rigor, o marco temporal, ao invés de harmonizar, subverte, definitivamente, o sistema constitucional. Isto porque, em todas as ocasiões em que o legislador constituinte condicionou o direito à propriedade ao decurso de certo lapso de tempo, fê-lo expressamente, como decorre dos artigos 183 e 191 da CF, diante da singela razão de que toda e qualquer restrição a direito constitucionalmente assegurado só pode resultar do próprio texto constitucional”.

inconstitucionalidade e violação do interesse público, principalmente porque, segundo o então Presidente Fernando Henrique Cardoso (BRASIL,2002b)

no art. 68 do ADCT a expressão ‘remanescentes das comunidades dos quilombos’ tem um significado mais reduzido do que, a princípio, se poderia imaginar. Em realidade, o dispositivo contemplou apenas aqueles remanescentes ‘que estejam ocupando suas terras’ no momento da promulgação da Constituição de 1988. Foram excluídos, portanto, os remanescentes que, em 5 de outubro de 1988, não mais ocupavam as terras que até a abolição da escravidão fôrmavam aquelas comunidades. Condui-se, portanto, que o constituinte de 1988 visou a beneficiar tão somente os moradores dos quilombos que viviam, até 1888, nas terras sobre as quais estavam localizadas aquelas comunidades, e que continuaram a ocupá-las, ou os seus remanescentes, após o citado ano até 5 de outubro de 1988.

Interessante notar que dentre as várias razões do veto integral do Presidente Fernando Henrique Cardoso estava o fato de considerar que o Decreto no 3.912, de 10 de setembro de 2001, já regulamentava as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas (BRASIL, 2002b).

Posteriormente, em 20 de novembro de 2003, o Decreto 4.887/2003 revogou o Decreto 3.912/2001 e regulamentou “o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, estabelecendo no art.2º o critério da auto-identificação, como se observa:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental. (BRASIL, 2003)

Por fim, não se pode deixar de mencionar também que nessa mudança no regime jurídico houve a internalização, através do Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004 (BRASIL, 2004), da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que versa sobre: “povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de

outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial” (art.1º, a) e possui *status* de supralegalidade na ordem jurídica nacional.<sup>42</sup>

Diante desse contexto legal, a discussão acerca do conteúdo do conceito de “remanescente de quilombo” chegou ao Poder Judiciário, em que diversos precedentes jurisprudenciais reconheceram o art. 69 do ADCT da CRFB/88 como uma garantia do acesso à terra relacionada à identidade étnica como condição essencial para a preservação dessas comunidades, o que seria uma “forma de compensar ou minimizar a injustiça histórica cometida contra a população negra no Brasil, aliando dignidade social à preservação do patrimônio material e imaterial brasileiro” (BRASIL, 2008b). Isso acontece a partir da compreensão de alguns Magistrados de que

o termo quilombo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma, nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados, mas, sobretudo, consistem, em grupos que desenvolveram práticas cotidianas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos e na consolidação de um território próprio (BRASIL, 2011).<sup>43</sup>

Os precedentes judiciais compreendem que o Estado tem o dever constitucional de proteção decorrente dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre os quais está o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer formas de discriminação (CF/88, art. 3º, IV). Conseqüentemente, o Estado brasileiro deve

estabelecer políticas públicas voltadas ao combate à discriminação dos modos de vida tradicionais dos povos indígenas e tribais, quando da edição do Decreto Legislativo nº 143/2002, ratificando a Convenção nº 169/ da OIT, que dispõe em seu art. 14 que “deverão ser reconhecidos os direitos de propriedade e posse dos povos em questão sobre as terras que tradicionalmente ocupam.(BRASIL, 2007).

<sup>42</sup>No julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, em decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e reconheceu a natureza de “norma supralegal” dos tratados internacionais de direitos humanos no Estado Brasileiro (BRASIL, 2008a).

<sup>43</sup>O Magistrado ainda assinala que o conceito de quilombola “não pode ficar vinculado à legislação colonial escravocrata, tendo em vista que: a) a historiografia reconhece a diversidade cultural e de organização dos quilombos, que não se constituíam apenas de escravos fugitivos; b) a Associação Brasileira de Antropologia estabeleceu, com base em estudos empíricos, um marco conceitual, a servir de base para o tratamento jurídico; c) o dispositivo constitucional, de caráter nitidamente inclusivo e de exercício de direitos, não pode ser interpretado à luz de uma realidade de exclusão das comunidades negras; d) os remanescentes não constituem “sobra” ou “resíduo” de situações passadas, quando o comando constitucional constitui proteção para o futuro; e) fica constatada a diversidade de posses existentes, por parte das comunidades negras, desde antes da Lei de Terras de 1850, de que são exemplos as denominadas “terras de santo”, “terras de índios” e “terras de preto” (BRASIL, 2011).

Observa-se que dentre a fundamentação legal encontrada nos precedentes está a Convenção 169/OIT, que dispõe em seu art.14 que “deverão ser reconhecidos os direitos de propriedade e posse dos povos em questão sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (BRASIL, 2008c).<sup>44</sup>

Os precedentes respondiam, inclusive, aos questionamentos quanto à constitucionalidade formal do Decreto nº 4.887/2003, que teria regulamentado diretamente o art.68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitória sem lei específica, esclarecendo que a norma constitucional é auto-aplicável e não depende de qualquer regulamentação, pois o “Decreto, em verdade, serve apenas para minudenciar processo e procedimentos administrativos, sem tocar no direito de ninguém, pois este é afetado por força do dispositivo do ADCT e não da mera norma regulamentar puramente processual administrativa” (BRASIL, 2008d).

Portanto, pelos precedentes, o Decreto 4887/2003 não regulamentou qualquer direito previsto no art. 68 do ADCT, mas apenas o processo administrativo de reconhecimento de tal direito, cuja norma geral é a Lei 9.784/99, a partir da qual se emitem decretos regulamentares específicos para cada espécie de processo (BRASIL, 2008c).<sup>45</sup>

Por outro lado, em 19 de abril de 2012, teve início, no Supremo Tribunal Federal, o julgamento da ADI 3239, ajuizada pelo Partido Democrata (DEM) contra o Decreto 4.887/2003, quando foi colhido apenas o voto do então Ministro Cezar Peluso, Relator originário, sendo suspenso o julgamento em razão do pedido de vistas da Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2012).

O voto do Ministro Peluso marcou uma divergência em relação à jurisprudência que vinha se consolidando, com fundamento na existência de uma inconstitucionalidade formal e diversas inconstitucionalidades materiais. Segundo o Julgador, o vício formal decorreria do entendimento de que o Decreto pretendeu regulamentar o art.68 do ADCT, o que na sistemática legislativa brasileira seria inviável, posto que a Constituição brasileira apenas admite sua regulamentação

---

<sup>44</sup> A Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, em seu voto, reconheceu a plena aplicabilidade da Convenção 169/OIT, e da qual não destoando o Decreto nº 4.887/2003 de seus parâmetros fundamentais: a) auto-atribuição das comunidades envolvidas; b) a conceituação de territorialidade como garantidora de direitos culturais; c) o reconhecimento da pluriétnicidade nacional.(BRASIL, 2008c)

<sup>45</sup> Comum também nos precedentes, os registros no campo do Direito Constitucional comparado, a exemplo do voto da Desembargadora Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA Relatora Tribunal Regional Federal – 4ª Região, no Agravo de Instrumento n.º 2008.04.00.010160-5/PR, em que fez referência: à Constituição do Equador (1988) que assegura aos povos negros ou afro-equatorianos os mesmos direitos que aos indígenas de conservar (arts. 84, itens 2 e 3 c/ art. 85); à Constituição da Nicarágua (1987), que fixou parâmetros mais ousados, ao garantir às “comunidades da costa atlântica” o direito a “preservar e desenvolver sua identidade cultural na unidade nacional, dotar-se de suas próprias formas de organização social e administrar seus assuntos locais conforme suas tradições”; Além das comunidades garífunas de Honduras e Belize, bem como os “marrons” do Suriname e do Panamá, que se encontram em processo de reconhecimento, em seus respectivos países. (BRASIL, 2008c)

por lei formal, pelo que, a expedição de Decreto pelo chefe do Poder Executivo só poderia existir nas hipóteses expressamente previstas (BRASIL, 2012).

Contudo, o Ministro ignorou o fato de que a Lei 7.668/88, em seu art. 2º, inciso III, determina a competência da Fundação Cultural Palmares para “realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação”, cujo parágrafo único dispõe que a Fundação também é “parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários” (BRASIL, 2012).

Não considerou também que a Lei 9.649/98, em seu art. 14, c, prevê como competência do Ministério da Cultura, a quem a Fundação Cultural Palmares está vinculada por força do art. 1º da Lei 7.668/88, a “aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto” (BRASIL, 1988). O que demonstra que o Decreto 4.887/2003 não regulamenta diretamente dispositivos legais, como afirmou o Ministro Relator, mas decorre de um ordenamento jurídico posto, no qual também se inclui a Convenção 169/OIT, aprovada pelo Decreto nº 5.051/2004, com *status* de suprallegalidade, bem como a Lei 12.288/2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial.

Não bastasse todo o acervo legislativo, o Ministro Peluso ainda desconsiderou os precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 203.954-3/CE, por unanimidade, reconheceu a validade de Portaria do Ministério da Fazenda que proibia a importação de automóveis usados (BRASIL, 2008e),<sup>46</sup> bem como, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12, em que declarou a perfeita validade da Resolução do Conselho Nacional de Justiça que proibiu o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário sem a intermediação de lei formal neste sentido (BRASIL, 2008f).<sup>47</sup>

Quanto às inconstitucionalidades materiais, o Ministro Relator entendeu que tais vícios estariam presentes: a) no critério de identificação das terras; b) na previsão de desapropriação; e c) na titulação coletiva (BRASIL, 2012).

---

<sup>46</sup> A Portaria DECEX 8/91, no seu art. 27, não regulamentava qualquer lei formal e retirou seu fundamento de validade diretamente do artigo 237 da Constituição Federal, que atribuiu ao Ministério da Fazenda o controle e a fiscalização do comércio exterior, dentro da defesa dos interesses nacionais.

<sup>47</sup> Na ocasião os Ministros concluíram que o ato do CNJ retirava seu fundamento de validade dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, o que não demandaria lei em sentido estrito para serem efetivados.

Para o Ministro Cesar Peluso o Decreto 4.887/2003, ao instituir que são os próprios remanescentes de quilombos quem indicam a extensão de suas terras, estaria invertendo a suposta vontade do legislador constituinte, que seria a de conferir a propriedades aos negros que ocuparam terras no período da abolição, sendo “de toda gente conhecida” tal área (BRASIL, 2012).<sup>48</sup>

Quanto à previsão de desapropriação, o Ministro surpreendeu ao afirmar que a propriedade já havia sido concedida pela própria constituição, não havendo transferência que enseje indenização a ser feita (BRASIL, 2012). Por fim, quanto à titulação coletiva, o Ministro Peluso, em desconsideração a uma das maiores virtudes da Constituição de 1988, que foi o reconhecimento de sujeitos coletivos de direito, entendeu que o texto constitucional não admite a propriedade coletiva, devendo realizar-se por titulação individual, impossível de ser gravada com as cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade (BRASIL, 2012).

Mesmo após o voto proferido pelo Ministro Cesar Peluso, a jurisprudência dos tribunais inferiores tem consolidado a percepção de que quilombos são grupos étnico-raciais, que assim se auto-atribuem a partir das suas peculiares trajetórias históricas, em que estabeleceram relações territoriais específicas, relacionada com a resistência à opressão sofrida em decorrência da sua ancestralidade negra.

Prossegue, assim, a disputa pela semântica constitucional, cujo pano de fundo é a luta por espaços territoriais, com avanços e retrocessos, para os grupos que se antagonizam e que se movimentam com mais força a partir de cada conquista do seu oposto. Isso se evidencia no voto do Ministro aposentado do STF, Cesar Peluso, que surge em contraposição a revogação do Decreto nº 3.912 e da consolidação da jurisprudência de reconhecimento dos direitos territoriais das comunidades quilombolas.

O voto do Ministro deu fôlego novo aos grupos econômicos ligados ao agronegócio e à base parlamentar que os representa, conduzindo a recente convocação de audiências públicas na Comissão de Agricultura, Pecuária e Abastecimento para debater sobre a revogação pelo Brasil à subscrição da Convenção 169/OIT, solicitada pelo Deputado Federal Paulo Cesar Quartiero (DEM/RR), em 16 de abril de 2014 (BRASIL, 2014).

---

<sup>48</sup> Cumpre esclarecer que o Decreto, no seu art. 2º, §3º, diz que a indicação das medições do terreno pelos remanescentes de quilombos serão “levados em consideração”, não sendo, portanto, o único critério, leva a entender o voto do Ministro.

A preocupação do Deputado se deve também a recente decisão da Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que declarou a constitucionalidade do Decreto 4.887/2003, sob a Relatoria para o Acórdão do Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, em cujo voto registrou que “quando se fala em remanescentes de sociedades quilombolas, quer-se evitar uma discussão quanto à real presença de quilombos hoje. Se respeitada a diferença, se preservado o direito à diferença, ter-se-á também o quilombo do futuro”, de tal modo, “prosseguir-se a nociva política histórica de branqueamento, estar-se-ia negando ao quilombo a o próprio direito de ser ele mesmo, de manter os seus costumes, a sua história, a sua cultura”(BRASIL, 2013).

Esse quadro jurisprudencial revela que o conceito de *quilombo* é objeto de profundo debate jurisprudencial, enquanto o conceito de *terra tradicionalmente ocupada*, embora disposto no texto constitucional, não tem sido mais discutido no Supremo Tribunal Federal de maneira que o distancie do *indigenato* ou na ancestralidade arqueológica. Não se observa que para os povos indígenas, a partir da Constituição Federal não se deu uma solução de continuidade a sua demanda territorial, apenas se democratizou o poder público para legitimar essas reivindicações, como se observa no subcapítulo seguinte, em que se descreve a conduta dos povos indígenas no nordeste e no norte a partir do marco constitucional de 1988.

#### 4.4. AS CAUSAS E OS EFEITOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 NAS EMERGÊNCIAS ÉTNICAS DOS POVOS INDÍGENAS E A NECESSIDADE DE UMA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONALIZANTE

O agir e o vivenciar dos povos indígenas antes e após a promulgação da Constituição de 1988 revelam uma dissonância da interpretação do Supremo Tribunal Federal, que põe em risco o próprio diploma legal ao criar uma severa restrição a esse grupo específico. A interpretação que estabelece a promulgação da Constituição de 1988 como limite para estagnação dos espaços territoriais destinados aos povos indígenas, e desconsidera o efeito que a própria inovação normativa trouxe a essas comunidades a partir de suas próprias mobilizações antes da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e da Convenção 169/OIT.

Assim, como para o caso quilombola seria incoerente estabelecer a Lei Áurea como marco temporal para marmorificação dos espaços ocupados pelos quilombos, já que é a partir dessa norma que se multiplicaram as formas de organização comunitária desses grupos, no caso do direito territorial indígena, o estabelecimento da Constituição de 1988 como limitador territorial é uma incongruência com as suas pretensões de promover a diversidade e proteger as minorias.

A interpretação do STF se torna ainda mais inadequada quando se observa como os povos indígenas se organizaram e se movimentaram para conquistar a redação desse texto constitucional, que em verdade não pretendeu produzir um efeito frigorificante do desenvolvimento étnico-territorial, mas ao contrário, é a partir dele que se catalisou o ressurgimento das etnicidades e, conseqüentemente, das demandas por espaços territoriais.

Dois casos são bem específicos do que se observa: o primeiro são os povos indígenas do nordeste, que da invisibilidade e do enfrentamento dos estigmas impostos pelo longo tempo de contato, travaram, desde a década de 70, uma odisseia pelo reconhecimento e por uma política de redistribuição, sendo um dos efeitos desse processo a redação do art.231, §1º da CRFB/88; o segundo são os recentes conflitos fundiários no Estado do Amazonas, que envolvem indígenas na cidade que, em uma articulação pluriétnica, constituem e reivindicam espaços a serem compartilhados entre distintos povos, como efeito de uma interpretação da mesma norma constitucional.

Portanto, o que está em jogo nesse processo envolvendo essas comunidades étnicas não é apenas uma política de reconhecimento, mas uma política de redistribuição, ou seja, nos termos do dilema teorizado por Nancy Fraser (1997:249), a complexidade revela que há em relação a essas comunidades uma “injustiça socioeconômica, enraizada na estrutura político econômica da sociedade” e “uma injustiça cultural ou simbólica”, “arraigada a padrões sociais de representação, interpretação e comunicação”.

É relevante registrar que cada povo indígena do nordeste possui seu processo histórico próprio, com seus avanços e retrocessos na luta por seus espaços territoriais. No caso do Norte, especificamente do Amazonas, as especificidades muitas vezes se relacionam a núcleos familiares que se deslocam para a capital e se organizam com outras famílias de etnias diferentes. Com isso registra-se que não se pretende aqui defender a ideia de uma historicidade única com movimentos uniformes e genéricos, mas apenas observar os efeitos no texto da Constituição de 1988 e as causas que essa redação trouxe ao movimento indígena nessas duas regiões, além das

expectativas que foram criadas e os espaços conquistados, para investigar se de fato o art.231, §1º da CRFB/88 representa apenas uma aplicação restrita do *indigenato*, *do fato indígena* ou se promoveu a institucionalização jurídica da *territorialização* indígena.

Também não se está propondo identificar a origem da emergência étnica dos povos do Nordeste com os conflitos étnico-fundiários do Estado do Amazonas, mas investigar se esses casos distintos permitem a busca por novos caminhos interpretativos do art.231, §1º da Constituição Federal, considerando a diversidade de intérpretes constitucionais (HÄBELER, 2002) e a necessidade de que a interpretação promova a inclusão e proteção das minorias (DWORKIN, 2002).

Portanto, pretende-se observar se é possível relacionar a promulgação da Constituição de 1988 com as alianças indígenas ao longo do processo histórico, e admitir, com fundamento nesse texto normativo, a percepção de que a identidade indígena, assim como qualquer outra identidade, é construída e reelaborada constantemente, superando a perspectiva do indígena como um indivíduo preso a um passado histórico e a resquícios arqueológicos, impossibilitados de mobilidade territorial através da política de reconhecimento e redistribuição trazida pelo texto constitucional.

O indício revelador da hipótese demonstrada é o fato de que na década de 1950 os povos indígenas registrados no Nordeste eram formados por apenas 10 (dez) etnias, passando em 1994 para 23 (vinte e três) (OLIVEIRA, 1997). Esses dados confirmam uma mudança na percepção dos índios do Nordeste, se afastando da ideia de *índios misturados* e da ideia de que teriam perdido sua indianidade, seus traços e culturas, criando uma desconcertante “contradição em termos absolutos” ao se observar “o surgimento recente (duas décadas!) de povos que são pensados, e se pensam, como originários” (OLIVEIRA, 1997:14).

Esse fenômeno no Nordeste, em que a realidade se tornou um paradoxo ao positivismo jurídico e antropológico, obrigou a própria antropologia a discutir também as teorias sobre etnicidade e os modelos analíticos utilizados (OLIVEIRA, 1997), para possibilitar uma observação desses povos contemporaneamente e não como povos e culturas descritos apenas “pelo que foram (ou pelo que, supõe-se, eles foram) há séculos atrás” (OLIVEIRA, 1997:15).

Para o *campo jurídico*, a necessidade de textos que tivessem força normativa para solucionar os conflitos territoriais que decorrem dessa *emergência étnica*, que não se compreende

mais a partir de um direito decorrente da ancestralidade da presença como se extraia do *indigenato* até então, muito menos do *fato indígena*.

Assim, o *campo jurídico* teve que lhe dar na década de 80 com as reivindicações de políticas distributivas, como as demandas por terra e assistência ao órgão indigenista, dos atuais povos indígenas do Nordeste, que passaram a tornar-se objeto de estudo da antropologia, na observação do restabelecimento dos territórios indígenas, com a retirada dos não-índios e a *desnaturalização* da “mistura” (OLIVEIRA,1997:18). Isso ocorreu através do processo denominado etnogênese<sup>49</sup>, abrangendo a emergência de novas identidades como a reinvenção de etnias já reconhecidas e culminando com a *territorialização* definida por Oliveira (1997:22) como

um processo de reorganização social que implica: 1) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora; 2) a constituição de mecanismos políticos especializados; 3) a redefinição do controle social sobre os recursos ambientais; 4) a reelaboração da cultura e da relação com o passado.

Ou seja, a *territorialização* foi o tema principal dos debates travados no âmbito da Constituinte de 1987 e durante os debates internacionais da Convenção 169 da OIT, como se verificou no *Capítulo 2* deste estudo, como um movimento em que um objeto político-administrativo, que no Brasil são as comunidades indígenas,

ven a se transformar em uma coletividade organizada, formulando uma identidade própria, instituindo mecanismos de tomada de decisão e de representação, e reestruturando as suas formas culturais (inclusive as que o relacionam com o meio ambiente e com o universo religioso). [...] As afinidades culturais ou linguísticas, bem como os vínculos afetivos e históricos porventura existentes entre os membros dessa unidade político-administrativa (arbitrária e circunstancial), serão retrabalhados pelos próprios sujeitos em um contexto histórico determinado e contrastados com características atribuídas aos membros de outras unidades, deflagrando um processo de reorganização sociocultural de amplas proporções (OLIVEIRA,1997:22).

---

<sup>49</sup> A maioria dos 23 atuais Povos Indígenas do Nordeste resulta de processos caracterizados como "etnogêneses", iniciados nesse século, não apresentando por isso continuidade com antigos relatos de viajantes e missionários, e, muitas vezes, nem mesmo com a literatura antropológica das primeiras décadas do século XX. Mas as etnogêneses, alerta Oliveira, não são produto de pura e simples invenção. Um dos elementos centrais em sua caracterização é a valorização de tradições e de uma autenticidade, que nos colocariam justamente o problema da existência e reprodução de elementos de cultura de grupos dominados sob formas muitas vezes inteiramente ignoradas pelas tradições e saberes dominantes no âmbito da nação ou da região e, só por isso, dadas como inexistentes (ARRUTI, 1995:86). “É sob o signo da invenção de cultura que devem ser pensados os povos indígenas do Nordeste, com um resolutivo movimento de afastar o viés etnológico de buscar no presente culturas autênticas (ou ainda fontes culturais específicas da etnicidade). Não importa o quanto os símbolos venham de fora, o que conta é que são vividos e pensados como se estivessem impressos a ferro e fogo nos corpos e sentimentos dos indivíduos; e que daí lhes determina - como uma força interior - o seu futuro, concebido como um reencontro com o seu verdadeiro destino” (OLIVEIRA, 1993 apud ARRUTI, 1995:86).

Oliveira (1997:24) esclarece que as populações indígenas do Nordeste oriundas de culturas autóctones, passaram por “*dois processos de territorialização* com características bem distintas”: um verificado na segunda metade do século XVII (associado às missões religiosas) e nas primeiras décadas do XVIII, (articulado com a agência indigenista oficial). Assim, esse

processo de territorialização não deve jamais ser entendido simplesmente como de mão única, dirigido externamente e homogeneizador, pois a sua atualização pelos indígenas conduz justamente ao contrário, isto é, à construção de uma identidade étnica individualizada daquela comunidade em face de todo o conjunto genérico de “índios do Nordeste” (OLIVEIRA, 1997:28).

Conseqüentemente, “um outro movimento de *territorialização* ocorre nos anos 70/80, quando chegam ao conhecimento público reivindicações e mobilizações de povos indígenas que não eram reconhecidos” nem pelo Estado, nem pela literatura etnológica, a exemplo dos Tinguí-Botó, Karapotó, Kantaruré, Jeripancó, Tapeba, Wassu, chamados de “novas etnias” ou de “índios emergentes” (OLIVEIRA, 1997:30). Para Oliveira (1997:32)

a etnicidade supõe, necessariamente, uma trajetória (que é histórica e determinada por múltiplos fatores) e uma origem (que é uma experiência primária, individual, mas que também está traduzida em saberes e narrativas aos quais vem a se acoplar). O que seria próprio das identidades étnicas é que nelas a atualização histórica não anula o sentimento de referência à origem, mas até mesmo o reforça. É da resolução simbólica e coletiva dessa contradição que decorre a força política e emocional da etnicidade.

Esse fenômeno não era exclusivo no Nordeste brasileiro, mas identificado também na costa leste da América do Norte, no planalto central do México, na faixa entre os Andes e o litoral do Pacífico, bem como na região platina, onde se encontram populações fortemente heterogêneas (OLIVEIRA, 1997:35), além da etnogênese observada por Goldstein ao estudar os refugiados Tibetanos na Índia (1975).

São exatamente essas observações antropológicas que irão influenciar o texto da Convenção 169, que passou a reconhecer “as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram” (PEREIRA, 2002:41), além da própria Constituição brasileira de 1988, que representou “uma clivagem em relação a todo o sistema constitucional pretérito, uma vez que reconhece o Estado brasileiro como pluriétnico” (PEREIRA, 2002:41), trazendo como grandes “novidades instituídas a possibilidade do reconhecimento do direito coletivo em contraposição aos direitos individuais e

o rompimento com o princípio de integração que rege as políticas indigenistas desde os tempos coloniais” (LIMA, BARROSO-HOFFMANN, 2002:12).

Todavia, a grande mudança foi a substituição da ideia de “ocupação permanente” pela de “ocupação tradicional”, se afastando da associação da posse indígena com o tempo linear, quando se buscava a demonstração da imemorialidade como requisito de reconhecimento da terra indígena. De acordo com Silva (2005:856) “nem tradicionalmente nem posse permanente são empregados em função de usucapião imemorial em favor dos índios, como eventual título substantivo que prevaleça sobre títulos anteriores”, nem a uma circunstância temporal, mas refere-se

ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há com unidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições (SILVA, 2005:856).

Portanto, observa-se que a etnogênese dos índios do Nordeste pautaram uma mudança na perspectiva antropológica dessa mobilização social e contribuíram para a redação do texto da Constituição de 88, que passou a criar legítimas expectativas aos povos indígenas do Amazonas diante do impacto do fenômeno da urbanização e da industrialização, em que os indígenas são submetidos aos mecanismos gerais destas políticas que privilegiam a iniciativa individual em detrimento do grupo ou da etnia, sendo institucionalmente classificados como “pobre” ou “excluído”, privando-os do controle de sua própria representação e de sua identidade coletiva (ALMEIDA, 2009:10).<sup>50</sup>

Esse cenário tem provocado uma multiplicidade de situações de conflito, decorrentes principalmente das “tentativas oficiosas e autoritárias de negar o processo de emergência de identidades indígenas ou minimizar sua presença na cidade”, principalmente no que se refere à ocupação de terrenos vagos por famílias indígenas e as reivindicações elementares de direitos territoriais dirigidas ao Estado pelos movimentos indígenas (RODRIGUES, 2009:66).

---

<sup>50</sup> Almeida (2009:11) observa que tanto indígenas como os quilombolas, correm outro risco: o de serem tratados como uma “pobreza exótica”, conforme formulação de Abdelmalek Sayad, focalizando os árabes residentes na França, já que o foco da política indigenista está centrado quase que exclusivamente nas aldeias, que são entendidas oficialmente como localizadas em áreas rurais, por oposição às áreas urbanas. Estes argumentos, que ignoram as implicações dos fatores identitários, das autodefinições coletivas e das mobilizações indígenas, revelam-se insuficientes ou não explicam as realidades localizadas e os processos reais que produzem as novas etnias e suas respectivas territorialidades específicas e aldeias nos centros urbanos.

As pesquisas realizadas no Projeto Nova Cartografia Social<sup>51</sup> revelam que na cidade de Manaus “a formação de comunidades étnicas está fortemente relacionada com a questão do uso e da apropriação do território” (RODRIGUES, 2009:70), mas não limitada a uma concepção apenas de espaço físico ou meramente geográfica,

mas de lugares políticos e identitários em que os indígenas reconstruem seu espaço social de maneira a destacar suas diferenças em relação aos demais agentes sociais, marcando as fronteiras de sua etnicidade e mantendo alguns sinais particulares que assinalam a sua identidade coletiva de referência (RODRIGUES, 2009:70).

Tratam-se de territorialidades específicas, que “podem ser consideradas como diferentes processos de territorialização e como delimitando dinamicamente, terras de pertencimento coletivo” (ALMEIDA, 2006:25). Um exemplo disso é o agrupamento dos Tikuna no Bairro Cidade de Deus em Manaus, em que 14 (catorze) famílias, oriundas da região do Alto Solimões, dos municípios de Tabatinga e Benjamin Constant, em sua maioria, provenientes da Aldeia de Umariacú, mantém permanente relação com famílias que moram em outros bairros de Manaus totalizam pelo menos 244 indivíduos, espalhados por outros diversos bairros, com prática recorrente de acolhida dos parentes do interior que vem a capital por diversos motivos, seja para comprar remédios ou mantimentos, que não encontram na aldeia, seja para continuar os estudos, tanto no ensino médio como no ensino superior (RODRIGUES, 2009:72).

Outros exemplos dessa territorialização sem uma base física contínua em que etnias distintas se organizam são a Associação Poterika'ra Numiã (APN), das mulheres indígenas do Alto Rio Negro e a Associação de Arte e Cultura Indígena do Amazonas (AACIAM) agrupando associadas que não moram próximas uma das outras.

Elas se articulam com facilidade, em torno de interesses comuns. Tanto na forma de comunidades étnicas, quanto na forma de relações associativas, assiste-se ao rompimento com o modelo político-organizativo de caráter homogêneo, em termos étnicos. Em verdade assiste-se ao advento de formas associativas peculiares, agrupando, numa mesma associação, múltiplas etnias, a partir da autodefinição dos sujeitos (SANTOS, 2009:49).

---

<sup>51</sup> O Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia (PNCSA) tem como objetivo dar ensejo à auto-cartografia dos povos e comunidades tradicionais na Amazônia. Com o material produzido, tem-se não apenas um maior conhecimento sobre o processo de ocupação dessa região, mas sobretudo uma maior ênfase e um novo instrumento para o fortalecimento dos movimentos sociais que nela existem. Tais movimentos sociais consistem em manifestações de identidades coletivas, referidas a situações sociais peculiares e territorializadas. Estas territorialidades específicas, construídas socialmente pelos diversos agentes sociais, é que suportam as identidades coletivas objetivadas em movimentos sociais. A força deste processo de territorialização diferenciada constitui o objeto deste projeto. (PNCS, 2014)

Portanto, as pesquisas antropológicas do Programa Nova Cartografia Social indicam que a articulação entre os diversos povos indígenas na cidade de Manaus revela a

elaboração de identidades específicas se processa concomitante à construção de territorialidades específicas, de forma que cada grupo constrói socialmente seu território de uma maneira própria e com propriedades intrínsecas a partir de conflitos internos e externos. Essas territorialidades se manifestam sempre como um contraponto ao *status quo* da política administrativa, da economia hegemônica e às políticas públicas, ao mesmo tempo em que se apropriam do caráter dialógico na relação com os aparelhos de governo, com as agências, os movimentos e as instituições sociais, funcionando sempre como uma “rede de organizações” (SANTOS, 2009:48).

Neste sentido, Almeida (2006:68) chama atenção para o fato de que é preciso relativizar o caráter absoluto das dicotomias correlatas ao dualismo campo-cidade, como substância necessária, quando se pretende caracterizar comunidades tradicionais e compreender suas manifestações etno-culturais (SANTOS, 2009:50).

Assim, o processo de urbanização e industrialização para a presença de diversos povos indígenas na cidade de Manaus e no seu entorno, como os Tikuna, Baniwa, Desano, Baré, Tariano, Piratapuaia, Tikuna, Kambeba, Miranha, Apurinã, Mura, Sateré-Mawé, Munduruku e várias etnias do Alto Rio Negro, criando unidades étnicas diferenciadoras, para afiançar direitos e políticas específicas, num movimento que vem sendo desenhado com mais intensidade a partir da Constituição de 1988, contra a tendência tecnicista e nacionalista de homogeneizar pequenos espaços das identidades étnicas, que se formam em Manaus (SANTOS, 2009:55).

Essas comunidades indígenas vivem sem políticas públicas específicas, em geral áreas de risco e submetidas às condições degradantes de subemprego ou no mercado de trabalho informal, com acesso a precários serviços de saúde, educação e segurança (SANTOS, 2009:55). Nesse contexto a constituição das comunidades e associações está voltada para o caráter intencional, moldada por ações pragmáticas, especificamente estabelecidas para facilitar a busca de recursos (SANTOS, 2009:55), mas também para viabilizar ações em busca de espaços físicos, articulando outras soluções através de outras esferas de poder, concretizando as expectativas criadas com a disposição do art.231, §1º da Constituição Federal.

Alguns casos revelam que o agir e o vivenciar dos povos indígenas a partir da interpretação de seus direitos constitucionalmente assegurados são bem distintos da limitação temporal compreendida pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo dos conflitos ocorrido no Bairro Lagoa Azul em 2012 (Manaus) e da comunidade “Deus é por nós” (Iranduba), em 2013.

O caso da Lagoa Azul refere-se à ocupação uma área de 180 mil metros quadrados, no km 11 da rodovia AM-010 (Manaus-Itacoatiara), em que aproximadamente 200 pessoas, sendo pelo menos 105 indígenas de 07 (sete) etnias diferentes, reivindicaram e ocuparam o imóvel por dois meses, até a expulsão pela Polícia Militar do Amazonas, em cumprimento de uma ordem de reintegração de posse em ação ajuizada pelo proprietário (ALVES, 2012).

Os indígenas resistiram à ordem de despejo e enfrentaram o batalhão de 150 homens da Polícia Militar, munidos com bombas de gás lacrimogêneo, com a ajuda de cães e da cavalaria, que cercaram a área e acuaram os ocupantes. As reportagens jornalísticas da época registraram “correria, choro e mães com crianças no colo gritavam em tom de desespero” (ALVES, 2012).

O outro caso da articulação dessas comunidades com o objetivo de reivindicar espaços físicos foi a ocupação por centenas de indígenas de diversas etnias, como Miranha, Kokama, Apurinã, Baré, Sateré-Mawé, Tuyuka, Tikuna e Mura, juntamente com alguns agricultores não-indígenas e povos ribeirinhos, na margem do quilômetro 04 da rodovia Manoel Urbano, no município de Iranduba, numa região em que há muita terra devoluta, formando a comunidade “Deus é por nós” (UBINGER, 2014).

Assim como a ocupação de 2008, em 28 de setembro de 2013, depois de isolar a área por vários dias, a Polícia Militar cumpriu o mandado de reintegração de posse definitivamente, sendo registrados inúmeros relatos de violência, após 03 (três) meses de ocupação (UBINGER, 2014).

À semelhança com o Nordeste, em que havia a ideia de índios *mestiços* ou sem *indianidade*, a mídia no Amazonas classificava os indígenas como “invasores” ou “supostos índios”, numa tentativa de desacreditar sua identidade étnica e enfraquecer o movimento indígena como um todo, além de escamotear os problemas relacionados à distribuição de terras na região metropolitana de Manaus (UBINGER, 2014).

Esses fatos revelam que, assim como a antropologia teve de se reinventar para conseguir entender o movimento indígena, o direito tem que construir uma interpretação que tenha força normativa diante desses novos conflitos, em que os povos indígenas hoje estão tão distantes de culturas neolíticas pré-colombianas quanto os brasileiros atuais da sociedade portuguesa do século XV, ainda que possam existir, nos dois casos, pontos de continuidade (OLIVEIRA, 1997:35).

Do mesmo modo que alguns autores na literatura antropológica, como Barth (1984) e Hannerz (1992), sugeriram abandonar imagens arquitetônicas de sistemas fechados e se passar a

trabalhar com processos de circulação de significados, enfatizando que o caráter não estrutural, dinâmico e virtual é constitutivo da cultura (OLIVEIRA, 1997:35), é necessário no *campo* jurídico perceber os povos indígenas como objeto dinâmico e não cristalizado (GEERTZ, 1978), percebendo a historicidade na cultura (THOMPSON,1998), assim como, as dimensão política da cultura e da identidade, para pensar a questão das “emergências” como um fenômeno histórico do século XXI, para permitir pensar uma tradicionalidade que se distancie de uma perspectiva arqueológica e etnocêntrica e elaborar uma concretização constitucionalizante do art.231, § 1º da Constituição Federal.

#### 4.5. O CONTEÚDO DO CONCEITO DE TRADIÇÃO COMO PONTO DE PARTIDA PARA UMA NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO INDÍGENA

Como já mencionado, o Supremo Tribunal Federal interpretou a expressão “terras que tradicionalmente ocupam”, como um “*estar coletivamente situado em certo espaço fundiário que também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica*” (BRASIL,2009), ou seja, a tradição estaria no espaço (fundiário) e no tempo (perdurabilidade). Acrescenta que a referência ao “*habitat*” conduziria a conclusão da existência de um elemento temporal na ocupação indígena, ao considerar que haveria aí um sentido de localização da comunidade, de maneira não ocasional, na data da promulgação da Constituição (FERRAZ, 2004). A partir dessa construção se alcançaria a interpretação de um “*marco temporal de ocupação (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine*”, constituindo o cerne da teoria do *fato indígena* (BRASIL,2009). Acrescenta o Ministro Ayres Britto tratar-se do

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 parilha 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 inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA (BRASIL,2009).

Assim, ao exigir uma permanência temporal em determinado espaço físico para reconhecimento da tradicionalidade da ocupação, a “tradição” “continua sendo definida a partir dos critérios ocidentais”, em que a “mudança cultural, a recriação da tradição, só é aceita em relação à corrente civilizatória ocidental”, pois quando se processa com outras sociedades, é estigmatizada com uma identidade ilegítima (ARRUDA, 2002:149). Essa diferenciação conduz ao questionamento se o conceito de “tradição” que qualifica a posse indígena está necessariamente vinculado a relação tempo/espaço, e se a continuidade etnográfica disposta no acórdão do STF exige uma ancestralidade aferível temporalmente.

Observa-se que a própria *continuidade etnográfica* em um sentido *anímico e psíquico*, como afirmado pelo Ministro Ayres Britto, conduz hipótese de que a ocupação tradicional indígena não é localizável na relação tempo/espaço, mas na necessidade (protegida pelo art.231, §1º da CRFB/88) de materialização física das práticas culturais construídas e reconstruídas cotidianamente por um sujeito coletivo de direitos com uma identidade étnica distinta da hegemônica. Nessa perspectiva, a “tradição” não exige uma referência à repetição de práticas culturais milenares, mas nas práticas, muitas vezes recentes, que se ligam simbolicamente a um passado, mas que se destina a enfrentamentos contemporâneos de defesa do pleno exercício dos direitos culturais, constitucionalmente garantidos (art.215, da CRFB/88).

Portanto, para pensar uma tradicionalidade que se refira a uma continuidade etnográfica anímica e psíquica, em que a “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” (BRASIL,2009), é necessário se distanciar de uma perspectiva arqueológica e etnocêntrica, para observar como a sociedade foi ao longo do tempo tratando de maneira distinta suas relações culturais a partir das suas

perspectivas da “tradição”. Para isso, é importante recorrer à sociologia, que foi a grande ciência observadora desse fenômeno, permitindo a elaborações de novas reflexões desses estudos no *campo jurídico*.

Essa compreensão interpretativa desafiada ao direito é uma exigência dos próprios movimentos étnicos que têm exigido o reconhecimento jurídico de “suas formas intrínsecas de uso comum dos recursos naturais e as delimitações de suas territorialidades específicas”, cujas noções pré-concebidas e etnocêntricas não comportam mais qualquer força explicativa ante a necessidade de incorporação do fator étnico (ALMEIDA, 2006:8) e do pluralismo jurídico da Constituição de 1988.

O que se observa na interpretação do conceito de “tradição” limitado a um marco temporal, constante no julgamento da Petição nº 3.388, é em verdade o estabelecimento de uma relação de continuidade histórica e de “imitação puramente reativa”, como entende Weber em 1913 (1994:15), associando o comportamento estritamente tradicional ao costume, para quem, a tradição

do mesmo modo que a imitação puramente reativa – encontra-se por completo no limite e muitas vezes além daquilo que se pode chamar, em geral, ação orientada “pelo sentido”. Pois frequentemente não passa de uma reação surda a estímulos habituais que decorre na direção da atitude arraigada. A grande maioria das ações cotidianas habituais aproxima-se desse tipo, que se inclui na sistemática não apenas como caso-limite, mas também porque a vinculação ao habitual pode ser mantida conscientemente, em diversos graus e sentidos.

Weber (1994:18) prossegue, distinguindo o costume de “moda”, porque para essa última “o fato da *novidade* de determinado comportamento é a fonte da orientação das ações”, enquanto o primeiro seria uma “norma *não* garantida externamente e a qual o agente de fato se atém, seja de maneira “irrefletida”, seja por “comodidade” ou por outras razões quaisquer, e cuja provável observação, pelas mesmas razões, ele pode esperar de outras pessoas pertencentes ao mesmo círculo”.

Com isso, Weber (1994:23) conclui que uma ordem social garantida pela tradição seria uma das formas mais primitivas e universais, porque decorreria do medo de danos de origem mágica, que fortaleceria “a inibição psíquica diante de toda mudança nas formas habituais de comportamento, e os vários interesses, que costumam estar vinculados à manutenção da submissão à ordem vigente”, atuando no sentido da conservação desta ordem. Assim, para Weber, seria impossível,

no caso do tipo puro de dominação tradicional, “criar” deliberadamente um novo direito ou novos princípios administrativos mediante estatutos. Criações efetivamente novas só podem legitimar-se, portanto, com a pretensão de terem sido vigentes desde sempre ou reconhecidas em virtude do dom de “sabedoria”. Como meios de orientação para decisões jurídicas só entram em questão registros da tradição: casos e sentenças procedentes (WEBER, 1994:148).

Trata-se de um sentido de tradição relacionado a algo que é transmitido do passado para o presente, sem qualquer reflexão quanto à duração, formas de transmissão ou exibição, nem quanto ao grau de deliberação racional em sua criação, mas apenas a um comportamento orientado pelo passado, o qual exerce sua autoridade sobre o presente (GRÜNEWALD, 2012).

Entretanto, Foucault (1968:17) desafia a ciência com “tarefas negativas”, dentre as quais a de “se libertar de todo um jogo de noções que estão ligadas ao postulado de continuidade”, como no caso da “tradição”, em que se “permite ao mesmo tempo delimitar qualquer novidade a partir de um sistema de coordenadas permanentes e de dar um estatuto a um conjunto de fenômenos constantes”. Portanto, para Foucault (1968:14), é “a noção de descontinuidade que mudou de estatuto”.

Para a história, sob sua forma clássica, o descontínuo era ao mesmo tempo o dado e o impensável: o que se oferecia sob a forma dos acontecimentos, das instituições, das ideias ou das práticas dispersas; reduzido, apagado, para que aparecesse a continuidade dos encadeamentos. A descontinuidade era o estigma da dispersão temporal que o historiador tinha por tarefa suprimir da história (FOUCAULT, 1968:14).

É a mesma percepção de Hannah Arendt ao afirmar que “aplicar à política ou a história a lei dos grandes números e dos longos períodos”, como se faz na ciência econômica através da estatística, “é nada menos que obliterar voluntariamente o próprio objeto destas duas” (ARENDR, 2007:52), pois é inútil buscar significado em ambas ciências descartando-se as condutas diárias e as tendências automáticas, por considerá-las irrelevantes.

Nota-se que após a Segunda Guerra Mundial a sociologia e a antropologia passaram a perceber a “tradição” de maneira menos estática e mais dinâmica, direcionando suas observações para as análises processuais, que revelaram que as “tradições se sustentam por uma memória coletiva, requerem atualização prática (geralmente ritualizada) e organizam o passado em relação ao presente, tornando o primeiro não primariamente preservado, mas sim continuamente reconstruído” (GRÜNEWALD, 2012:186).

Por intermédio de sujeitos que zelam por sua eficácia social, as tradições têm ainda conteúdo normativo ou moral que lhes proporciona caráter de vinculação. Assim, uma “tradição representa não apenas o que ‘é’ feito em uma sociedade,

mas o que ‘deve ser’ feito” (Giddens, 1996:35), podendo ainda carregar uma verdade da qual não faz sentido discordar nem contradizer (GRÜNEWALD, 2012:186).

Nesse mesmo sentido, Almeida (2006:09) entende que “tradição” não pode ser lida mais “segundo uma linearidade histórica ou sob a ótica do passado ou ainda como uma ‘reminiscência’” das comunidades autóctones, que é a mesma observação de Edward Palmer Thompson (1998:13), no livro intitulado “*Costumes em Comum. Estudos Sobre a Cultura Popular Tradicional*”, em que descreve que alguns usos costumeiros, no século XVIII, eram de criação recente e representavam as reivindicações de novos “direitos”, em contradição a alguns historiadores, que se ocuparam dos séculos XVI e XVII, e viam o “século XVIII como época em que esses costumes se encontravam em declínio, juntamente com a magia, a feitiçaria e superstições semelhantes”, em que “o estudo do folclore teve este sentido de distância implicando superioridade, de subordinação, vendo os costumes como remanescentes do passado”.

Entretanto, no século XIX, o “costume” incorporou muitos dos sentidos que se atribui hoje à “cultura”, além de muitas afinidades com o direito consuetudinário, cuja frequente “invocação com respeito a um ofício ou ocupação refletia uma prática tão antiga que adquiria a cor de um privilégio ou direito” (THOMPSON, 1998:15).

Assim, Thompson (1998:16) observa que já no século XVIII há uma relativização dos conceitos de “tradição”, ao afirmar que “longe de exibir a permanência sugerida pela palavra” tratava-se de “um campo para a mudança e a disputa, uma arena na qual interesses opostos apresentavam reivindicações conflitantes”, chamando atenção que

na verdade o próprio termo “cultura”, com sua invocação confortável de um consenso, pode distrair nossa atenção das contradições sociais e culturais, das fraturas e oposições existentes dentro do conjunto (THOMPSON, 1998: 17).

Especificamente quanto ao costume agrário, Thompson (1998:90) defende a ideia de tratar-se de ambiência, segundo a qual, a partir do conceito de *habitus* de Bourdieu, seria “um ambiente vivido que inclui práticas, expectativas herdadas, regras que não só impunham limites aos usos como revelavam possibilidades, normas e sanções tanto da lei como das pressões da vizinhança.”

Assim, citando Serale, transcreve que

o costume não era algo fixo e imutável que tinha o mesmo corpo de significado para duas classes sociais. Ao contrário, a sua definição era altamente variável em relação à posição de classe, tornando-se por essa razão um veículo para o conflito, e não para o consenso. (SERALE apud THOMPSON, 1998: 95).

Hobsbawn & Ranger (1997:09) demonstram que “muitas vezes, ‘tradições’ que parecem ou são consideradas antigas são bastante recentes, quando não são inventadas”. Essas “tradições inventadas” incluem as “realmente inventadas, construídas e formalmente institucionalizadas, quanto as que surgiram de maneira mais difícil de localizar num período limitado e determinado de tempo”, definindo-as como

um conjunto de práticas, normalmente reguladas por regras tácitas ou abertamente aceitas; tais práticas, de natureza ritual ou simbólica, visam inculcar certos valores e norma de comportamento através da repetição, o que implica, automaticamente; uma continuidade em relação ao passado (Hobsbawn & Ranger, 1997:09).

Com isso, o Hobsbawn & Ranger (1997:09) demonstram, com diversas narrativas, que a continuidade e a referência ao passado são construções artificiais e aleatórias, por tratar-se de “reações a situações novas que ou assumem a forma de referência a situações anteriores, ou estabelecem seu próprio passado através da repetição quase que obrigatória”. Demonstram que é através do “costume” que a “tradição”, que carrega um conteúdo simbólico, é modificada. Ou seja,

o “costume”, nas sociedades tradicionais, tem a dupla função de motor e volante. Não impede as inovações e pode mudar até certo ponto, embora evidentemente seja tolhido pela exigência de que deve parecer compatível ou idêntico ao precedente. Sua função é dar a qualquer mudança desejada (ou resistência à inovação) a sanção do precedente, continuidade histórica e direitos naturais conforme o exposto na história. Os estudiosos dos movimentos camponeses sabem que, quando numa aldeia se reivindicam terras ou direitos comuns “com base em costumes de tempos imemoriais” o que expressa não é um fato histórico, mas o equilíbrio de força na luta constante da aldeia contra os senhores de terra ou contra outras aldeias. (HOBBSAWN & RANGER, 1997:10)

Hobsbawn & Ranger (1997:12) observam que “a invenção de tradições é essencialmente um processo de formalização e ritualização, caracterizado por referir-se ao passado, mesmo que apenas pela imposição da repetição”. Ou seja, “inventam-se novas tradições quando ocorrem transformações suficientemente amplas e rápidas tanto do lado da demanda quanto da oferta”, sendo necessário “conservar velhos costumes em condições novas ou usar velhos modelos para novos fins” (Hobsbawn & Ranger, 1997:12).

Na obra *A Invenção das Tradições*, Trevor-Roper (1997:25) comenta a identidade nacional escocesa, cuja parafernália nacionalista utilizada para caracterizá-la (*kilt* feito de *tartan*, em que cor e padrão indicam o clã de pertencimento), bem como a música instrumentalizada pela gaita de fole, reputada como tradição antiga, é bem moderna e foi desenvolvida depois da união com a Inglaterra, embora já existissem rudimentarmente, mas vistos como barbarismo, referentes aos

“montanhese velhacos, indolentes, rapaces e chantagistas, que representavam para a Escócia civilizada e histórica mais um inconveniente do que uma ameaça”.

Na mesma obra Prís Morgan (1997:54), examinando a vida cultural do País de Gales no Século XVIII e início do Século XIX, observa que “os patriotas e estudiosos galeses redescobriram as velhas tradições históricas, linguísticas e literárias e criaram um passado que jamais existiu para substituir as tradições inadequadas. A mitificação romântica atingiu níveis fantásticos no País de Gales, marcando para sempre a história recente da região”, concluindo que

o País de Gales que descrevemos não era um Estado político, e, por falta deste Estado, o povo foi levado a concentrar uma quantidade descomunal de suas energias em assuntos culturais, na recuperação do passado e, onde o passado deixava a desejar, na invenção das tradições. O velho estilo de vida entrou em decadência e desapareceu, o passado era frequentemente esfarrapado e maltrapilho, sendo necessária uma boa dose de invenção para remendá-lo. Os mitólogos românticos tiveram tão grande êxito em certos aspectos, que faziam as coisas galesas parecerem de um exotismo sedutor. Isso foi bom enquanto o antigo tinha autoridade, mas quando chegou a era do progresso, as coisas mudaram. O “galesianismo” foi preservado e transmitido às gerações posteriores graças aos esforços decisivos dos patriotas a que nos referimos. Foi, porém, rejeitado por muitos, por estar associado ao passado pitoresco e a uma mitologia um tanto desacreditada (MORGAN, 1997, 108).

Portanto, o que se nota nas “tradições inventadas” é “a utilização de elementos antigos na elaboração de novas tradições inventadas para fins bastante originais” (1997:14), que Hobsbawn & Ranger (1997:17) classificam em três categorias superpostas:

a) aquelas que estabelecem ou simbolizam a coesão social ou as condições de admissão de um grupo ou de comunidades reais ou artificiais; b) aquelas que estabelecem ou legitimam instituições, status ou relações de autoridade, e c) aquelas cujo propósito principal é a socialização, a inculcação de ideias, sistemas de valores e padrões de comportamento.

Entendem os autores que aquelas que estabelecem ou simbolizam a coesão social ou as condições de admissão de um grupo ou de comunidades reais ou artificiais prevalecem, tomando as demais decorrentes de um sentido de identificação como uma “comunidade” e/ou as instituições que representam, expressam ou simbolizam, tais como a própria “nação” (HOBSBAWN & RANGER, 1997:17).

Em verdade, as análises sociológicas e antropológicas indicam que “passado, presente e futuro são indissociáveis porque, no tempo presente, as tradições expressam uma continuidade com o passado, a fim de ocupar uma posição de legitimidade que as permita atuar prescritivamente com relação a ações futuras”, isto é, as “tradições inventadas” são fenômeno de “criação de substância histórica ou cultural a ser operada por um grupo social em sua afirmação

política” (GRÜNEWALD, 2012:191), devendo ser concebidas como “construções simbólicas (e, muitas vezes, pragmáticas), não cabendo opor uma tradição herdada à outra moldada, visto que o valor simbólico não depende de uma relação objetiva com o passado” (GRÜNEWALD, 2012:192).

A origem das práticas culturais é amplamente irrelevante para a experiência da tradição; autenticidade é sempre definida no presente. Não é a existência de um passado ou a transmissão que define algo como tradicional”. Tradição, portanto, “é uma designação simbólica arbitrária; um significado designado antes que uma qualidade objetiva” (HANDLER & LINNEKIN, 1984: 285-6 apud GRÜNEWALD, 2012:192).

Portanto, uma tradição não está necessariamente referida à autoridade de uma conduta do passado, mas ao simbolismo valorizado e utilizado por uma coletividade na construção de sua identidade, da sua distinção e das suas mobilizações diante das mudanças sociais, em sua grande parte impostas. Eis aí a ideia de continuidade etnográfica contido numa perspectiva anímica e psíquica, e não numa relação de tempo e espaço. Em verdade, o espaço físico é apenas um elemento que permitirá a materialização e o exercício das práticas culturais, que no nosso país está associada à diversidade étnica, o que encontra amparo jurídico nos art.231 e 215 da Constituição de 1988.

A terra indígena, no imaginário coletivo indígena, considerada pelo STF com um verdadeiro ente, o qual “resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia” (BRASIL,2009), é dissonante do estabelecimento de um marco legal frigorificante do direito territorial, já que a ancestralidade não é objetivamente aferida pela arqueologia ou pela própria antropologia na busca pela demonstração de uma posse imemorial, mas no simbolismo vivenciado com relação ao passado, que não é material, mas que revela a construção da “tradição”.

#### 4.6. A *TERRITORIALIZAÇÃO* COMO NOVO INSTITUTO JURÍDICO TRAZIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA ALÉM DO INDIGENATO E EM CONTRAPOSIÇÃO AO FATO INDÍGENA

A demonstração de que a tradição não coincide apenas com a referência objetivamente aferível ao passado e a repetição irracional de atos, somada ao texto do art.231 e §1º da

Constituição de 1988 revelam que o direito territorial indígena foi desvinculado do tempo linear e da continuidade histórica por escolha do legislador constituinte originário, que passou a associar o direito à maneira como a terra é utilizada e destinada, a partir da tradicionalidade específica das comunidades.

Entretanto, para certificar-se dessa hipótese, é que esse subcapítulo pretende explorar o conceito do instituto jurídico luso-brasileiro do *indigenato* para observar não apenas se o mesmo foi recepcionado pelo texto da Constituição de 1988, já que tal observação é pacífica na doutrina e na jurisprudência da própria Corte Constitucional, mas se o texto normativo inovou para além dele.

Cabe registrar que o instituto do *indigenato* foi uma criação doutrinária de João Mendes Júnior em 1912, a partir da publicação de três conferências de sua autoria realizadas na antiga Sociedade de Etnografia e Civilização dos Índios em 1902, além de uma Memória de seu pai, João Mendes de Almeida, de 1888, sobre o cerco e ataque de Piratininga (1562). A obra é publicada dois anos após o Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910, que criou o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais.

A primeira conferência refere-se às relações políticas e administrativas dos índios no regime federativo, em que Mendes Júnior (1912:07) observa que nos Estados Unidos da América a política indigenista é de competência do Governo Federal, que se relaciona com as “tribos” indígenas como corporações autônomas<sup>52</sup> e comenta também o entendimento da Suprema Corte norte-americana em relação aos tratados realizados entre os povos indígenas e os Estados federados, em que foi decidido:

1º que o direito originário de soberania da coroa inglesa sobre todo o território indiano foi devolvido, não aos Estados particulares, mas à União pelo tratado de paz de 1783; 2º que as tribos de índios conservam a sua existência nacional de Estados, não a título de estrangeiros (*sic*), mas como nações dependentes, mantidas na posse de suas terras como usufruárias, com direito de vender esta

---

<sup>52</sup> MENDES JUNIOR cita BRUNIALTI, professor da Faculdade de Direito de Turim, cuja monografia, *Unione e combinazioni fragli Stati*, “trata especialmente dos Estados compostos e do Estado federal. No § 26 dessa monografia, o notável publicista italiano examina a these do publicista alemão JELLINEK, ‘que considera como *Estados* algumas tribos indígenas da União Americana’; e BRUNALTI, rectificando essa doutrina, afirma que, conquanto as tribos não constituam Estados, a verdade é que, segundo a jurisprudência da Corte Suprema, não há sobre estas tribos supremacia dos Estados particulares em que se acham elas situadas, mas supremacia da União em toda a sua amplitude. No território dos Estados-Unidos havia numerosas tribos indígenas ligadas em confederação, tais como as dos Iroquezes, Cherokeezes, Creeks, Scippeuaios e outras, com algumas das quais foram feitos verdadeiros tratados de alianças: um exemplo disso é o tratado de 17 de Setembro de 1778, com o Delaware, concedendo passagem em suas terras e a nomeação de um agente especial, em troca da garantia dos seus territórios e do direito de ter um representante no Congresso (MENDES JUNIOR, 1912:08).

posse ao governo, ou aos seus concessionários ou delegados (MENDES JUNIOR, 1912:08)<sup>53</sup>.

Depois de discorrer sobre a política indigenista estadunidense, Mendes Junior (1912:19) afirma ser criminosa a desídia brasileira em relação aos povos indígenas, e argumenta, biologicamente, a necessidade de desenvolvimento de uma raça nacional, segundo o modelo norte-americano, “civilizando” os índios e promovendo “uma metamorfose completa do indivíduo índio, física e moralmente”.

Na segunda conferência Mendes Junior (1912) compara os tratamentos recebidos pelos indígenas do Brasil com os recebidos pelos da América do Norte, alegando que os indígenas brasileiros também sempre exigiram seu governo autônomo, entretanto, em face da escravidão indígena mais intensa no Brasil e a mistura dos índios com a população não-indígena, o que aconteceu em menor número nos Estados Unidos da América, levaram ao desaparecimento das grandes tribos indígenas independentes que habitavam o território brasileiro.

É na terceira conferência, com o título: *Situação dos índios depois da nossa independência*, que Mendes Júnior (1912) discorre sobre o *indigenato*, iniciando seu raciocínio na perda de uma identidade étnica, decorrente da escravidão indígena e da miscigenação, que segundo ele numa perspectiva biológica da antropologia, é

definida por ARISTOTELES, desenvolvida por CHRYSIPPO e, neste ponto, apoiada por GALENO: << O ser vivo contém em si uma mistura muito complexa de razões seminais, cada uma destas razões representando em germen um dos ascendentes do indivíduo; haverá no curso do desenvolvimento, uma luta entre estas razões e, segundo vencer uma ou outra, o indivíduo se assemelhará a um dos seus ascendentes>>(MENDES JUNIOR, 1912:50).

Com isso, MENDES JUNIOR (1912:51) argumenta que os descendentes de indígena cruzado com europeu, possui uma alma muito vigorosa, “e às vezes mais vigorosa do que a alma do puro europeu ou do puro indígena; e tem a vantagem de unir a ambição do europeu á longanimidade do indígena, temperando uma pela outra” (*sic*). No momento seguinte, passa a analisar a legislação nacional posterior à independência e estudar o direito territorial indígena, do regime das sesmarias ao regime das terras devolutas.

---

<sup>53</sup> Dois juízes da Suprema Corte foram além e declararam que “com os índios sempre se tratou como de potencia a potencia, com pactos discutidos e confirmados, pactos que tiveram em mira aliança em previsão de guerra, acordos pacíficos, cessões de território e semelhantes; e, jamais tendo havido sobre taes actos contestação, ficando assim as tribos com atributos essenciaes de uma nação, governando-se por suas leis e costumes, os Cheroquezes formam um Estado no sentido da Constituição e podem, como taes, intentar perante a Côrte Suprema uma acção contra o Estado da Georgia”. (MENDES JUNIOR, 1912:09).

Mendes Junior (1912:56) demonstra que a legislação das sesmarias, em especial a Lei 06 de Junho de 1755 em que o El-Rei reservava o direito dos índios como primários e naturais senhores da terra. Contudo, a Lei de Terras (Lei nº601 de 18 de Setembro de 1850), que estabelecia regras de revalidação e legitimação “das sesmarias e concessões, que se achassem com principio de cultura e morada habitual do respectivo do sesmeiro e concessionário, embora não tenha cumprido qualquer das outras condições com que foram concedidas”, ignorava o fato de que os indígenas não poderiam praticar esses atos de registro, ante a incapacidade civil e a hostilidade em que eram submetidos, favorecendo as invasões, expulsões e a “carnificina”.

De outro lado a Lei nº 601 de 18 de Setembro de 1850<sup>54</sup> reservou as terras devolutas para a colonização dos indígenas, interpretado pelo Regulamento nº 1.318 de 30 de Janeiro de 1854, nos seus art.72 a 75 a seguir expostos:

Art. 72. Serão reservadas terras devolutas para colonisação, e aldeamento de indigenas nos districtos, onde existirem hordas selvagens.

Art. 73. Os Inspectores, e Agrimensores, tendo noticia da existencia de taes hordas nas terras devolutas, que tiverem de medir, procurarão instruir-se de seu genio e indole, do numero provavel de almas, que ellas contêm, e da facilidade, ou difficuldade, que houver para o seu aldeamento; e de tudo informarão o Director Geral das Terras Publicas, por intermedio dos Delegados, indicando o lugar mais azado para o estabelecimento do aldeamento, e os meios de o obter, bem como a extensão de terra para isso necessaria.

Art. 74. A' vista de taes informações, o Director Geral proporá ao Governo Imperial a reserva das terras necessarias para o aldeamento, e todas as providencias para que este se obtenha

Art. 75. As terras reservadas para colonisação de indigenas, e por elles distribuidas, são destinadas ao seu usufructo; e não poderão ser alienadas, em quanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder o pleno gozo dellas, por assim o permittiro seu estado de civilisação.

Assim, como fundamento ainda no Regulamento nº 1.318 de 30 de Janeiro de 1854, observa-se no art.24, §1º, que “as posses, que se acharem em poder do primeiro occupante, não tendo outro titulo senão a sua occupação”, estão sujeitas à legitimação prevista da Lei de Terras. Com isso, Mendes Junior (1912:58) discorda de P.J. Proudhon, que no *Essais d'une philos, populaire*, afirmava que “o indigenato é a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial” para defender que

já os philosophos gregos affirmavam que o “indigenato” é um título “congênito”, ao passo que a “ocupação” é um título “adquirido”. Comquanto (*sic*) o

---

<sup>54</sup> Vide página 31.

“indigenato” não seja a “única” verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. de 1º de abril de 1680, “a primária, naturalmente e virtualmente reservada”, ou, na phrase de ARISTÓTELES (Polit., I, n. 8) – um “estado” em que se acha cada ser a partir de seu nascimento. Por conseguinte, o “indigenato” não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a “ocupação”, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem. (MENDES JUNIOR, 1912:58)

Assim, Mendes Junior (1912:60) entende que o Decreto nº 1.318 de 30 de Janeiro de 1854 repete o mesmo pensamento do Alvará de 1º de Abril de 1680, segundo o qual o El-Rei determinou que “se entenda ser reservado o prejuízo e direito dos Índios, primários e naturaes senhores das terras”. Com isso Mendes Junior (1912:60) vai além e inclui outras reservas que não supõe posses originárias e congêntas:

essas são as das terras devolutas, que destinam-se, na forma das Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850, art.12, á *colonização*, assim como á fundação de povoações, abertura de estradas e quaesquer outras servidões publicas, assim como já ficou explicado, supõe, como qualquer outra *colonização*, uma *emigração para immigração*, e o próprio regulamento n.1318 de 30 de Janeiro de 1854, no art.72, declara reservadas das terras devolutas, não só as terras destinadas á *colonização dos indígenas*, como as terras dos *aldeamentos onde existem hordas selvagens*. Em summa, 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 legítimável, isto é são *originalmente reservadas da devolução*, nos expressos termos do Alvará de 1º de Abril de 1680, que reserva até na concessão das sesmarias.

Com isso, já se demonstra a discordância com a argumentação de Tércio Sampaio Ferraz (2004:692), segundo o qual, Mendes Junior teria apenas feito uma distinção entre indigenato e ocupação, afirmando que o primeiro não exigiria legitimação, enquanto que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitime.

Em verdade, Mendes Junior (1912:60) entende que a Lei de Terras não considerou devolutas “as terras *possuídas* por hordas selvagens *estáveis*”, ou seja, essas terras são destinadas também aos indígenas, independente da posse originária ou congênita, pois “são *originalmente reservadas da devolução*, nos expressos termos do Alvará de 1º de Abril de 1680”. Observa Mendes Junior que a previsão de “*colonização indígena*” refere-se à transição de um movimento emigratório para imigratório, revelando a possibilidade de retorno dos indígenas (MENDES JUNIOR, 1912:60).

Assim, o *indigenato* é um instituto criado a partir de uma interpretação do texto normativo positivado, e que segundo Ferraz (2004:694), “é título, capaz de explicar o carácter originário dos direitos”, cujo conteúdo estaria definido no § 1.º do art. 231 da Constituição de 1988, o que nos

conduz a outra dissidência, posto que a norma citada não estava nem historicamente e nem doutrinariamente vinculada a uma construção interpretativa a partir da validade e vigência de legislações.

Observa-se que o *indigenato*, como elaborado por Mendes Junior (1912), estava centrado numa distinção entre indígenas “selvagens” e indígenas “desnaturalizados” ou “mestiçados”, que teriam perdido sua *indianidade* para contribuir para a construção de uma “raça” nacional. A começar dessa perspectiva, obviamente limitada pelo que se tinha de análise antropológica até então, se elaborou um instituto jurídico a partir da interpretação dos textos normativos desde o Alvará de 01 de Abril de 1680 até o Decreto nº 1.318 de 30 de Janeiro de 1854, considerando sempre a ancestralidade da posse indígena.

Todavia, o texto da Constituição de 1988 não relacionou o direito territorial indígena a sua originariedade ou ancestralidade, mas como objeto de proteção jurídica ao dispor, na cabeça do art.231, que reconhece além dos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, também a “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”.

Portanto, o verbo reconhecer não tem o sentido de frigorificar os direitos ou os elementos fáticos que envolvam os povos indígenas na data de 05 de outubro de 1988, muito pelo contrário, o fim, debatido desde o período da constituinte, é de incluí-los dentro do sistema jurídico como legítimos e constitucionalmente escolhidos.

Mais que isso, o texto constitucional não se limitou a especificar o conteúdo jurídico do *indigenato* como faz crer Ferraz (2004), mas institucionalizou o instituto jurídico da *territorialização*, que é a possibilidade jurídica de tornar terra indígena áreas que mesmo desvinculadas da ancestralidade da posse ou da relação de pertença objetivamente aferida com o local, sejam “utilizadas para suas atividades produtivas”, ou sejam “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar”, ou ainda, “necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Aqui se evidencia outra discordância em relação à Ferraz (2004) e Silva (2005) de que o art.231, §1º da CRFB/88 traria elementos cuja e apenas a simultaneidade caracterizaria a terra como indígena. Em verdade, “o constituinte de 1988 foi analítico, minudente e taxativo ao determinar quais as terras consideradas de ocupação tradicional dos índios” (BULOS, 2014:1636), assim

levou em conta que a terra é a fonte de sobrevivência deles. Ao mencionar o qualificativo tradicionalmente, referiu-se ao modo de vida dos índios, e não à

ocupação temporal, memorial ou histórica de suas terras. Esse dado é sobretudo relevante, porque as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios devem ser habitadas em caráter permanente.

Habitare em caráter permanente significa habitar para sempre, o que faz das terras indígenas uma garantia para o futuro, algo insuscetível de alienação e, muito menos, de disponibilidade (BULOS, 2014:1637).

Portanto, constata-se que o texto do §1º do art.231 da CRFB/88 não foi um mero acaso ou uma mera expressão do conteúdo jurídico do *indigenato*, muito menos de uma *teoria do fato indígena*, mas a positivação do conceito de *territorialização* que vinha sendo debatido durante toda a década de 70 e 80 pela antropologia e pelo direito internacional, a partir da admissão da existência de sujeitos coletivos de direito dentro de um Estado com grandes diversidades étnicas em virtude de seus processos históricos de colonização.

A Constituição de 1988 reconheceu o processo de reorganização social dos povos indígenas como se observou nas discussões durante a Assembleia Nacional Constituinte e nas que culminaram com a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, permitindo que os Estados nacionais legitimassem a dinamicidade étnica e cultural, como um movimento natural de etnogênese ou de resistência étnica em reverso às ações oficiais dos mesmos Estados-Nação em reprimir e extirpar os povos autóctones.

A *territorialização*, como o *indigenato*, não possui uma definição jurídica legal, mas é extraída da disposição normativa do §1º do art.231 e do art. 215, §1º<sup>55</sup>, ambos da CRFB/88, que coincidem com a definição antropológica de Oliveira (1997:22) que enumera como elementos para identificação desse processo: 1) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora; 2) a constituição de mecanismos políticos especializados; 3) a redefinição do controle social sobre os recursos ambientais; e 4) a reelaboração da cultura e da relação com o passado.

É essa a interpretação constitucional dos povos indígenas do Nordeste que contribuiram como causa para o texto constitucional, como também dos povos indígenas do Amazonas, que sofrem com o processo de urbanização e industrialização em Manaus, passando a se associar e construir uma territorialização específica, que aborda reivindicações por políticas públicas, sem uma base territorial física, mas que já começa a incorporar a necessidade de espaços territoriais

---

<sup>55</sup> 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.

§1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

concretos, como efeitos dos legítimos anseios decorrentes do texto da Constituição Federal de 1988 e instrumento paramaterialização de suas tradições.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de um pluralismo étnico brasileiro a partir do texto da Constituição de 1988, em especial do art.231, §1º e do art.215, §1º, revela o imperativo de se por em prática o que Marcelo Neves (2009:217) define como um *transconstitucionalismo unilateral* de tolerância e de aprendizado, em que se admite conversações constitucionais com ordens normativas que estão à margem do próprio constitucionalismo, “como uma necessidade de não se excluir o desenvolvimento de institutos alternativos que possibilitem um diálogo construtivo com essas ordens dos antropológico-culturalmente diferentes”<sup>56</sup>, e que em realidade encontram-se em uma situação de desigualdade na participação das decisões políticas tomadas dentro do Estado.

Contudo, o que a pesquisa permitiu constatar foi que o Supremo Tribunal Federal tem realizado, a partir do julgamento da Petição nº 3.388/RR, da Terra Indígena de Raposa Serra do Sol, uma mutação inconstitucional de uma cláusula fechada que comporta um *conceito* do texto constitucional (DWORKIN, 2002) e expressa uma escolha política realizada pelo constituinte originário, legitimada pela sociedade nacional e internacional, como decorrente das discussões a partir da mobilização dos povos indígenas, dentre as quais a própria etnogênese dos índios do Nordeste.

---

<sup>56</sup> A experiência latino-americana é rica de problemas jurídico-constitucionais decorrentes do entrelaçamento entre ordens normativas nativas e ordens constitucionais dos Estados, especialmente ao que concerne aos direitos fundamentais. Em muitos casos, procura-se enfrentar o problema com o modelo de integração constitucional da pluralidade de resultante das particularidades normativas das comunidades indígenas. Nessa perspectiva, destacam-se sobretudo as constituições da Colômbia e Bolívia, nas quais se encontram critérios de articulação entre o direito estatal e as ordens normativas das comunidades indígenas. Nesse sentido a pretensão mais acentuada de integração constitucional dessas comunidades encontram-se na recente Constituição boliviana, que estabeleceu o Estado como “plurinacional comunitário” (art.1º), incluindo as comunidades indígenas como unidades políticas com poder e direito de autonomia e autogoverno, assim como à participação na “formação” da vontade estatal (arts. 2º, 30-32, 146, 147, 269, inciso I, e 289-296). Mas também a Constituição peruana, além de determinar que as comunidades nativas “têm existência legal e são pessoas jurídicas”, assim como que elas “são autônomas em sua organização” (art.89), estabelece uma jurisdição própria dessa comunidade, baseada nos respectivos direitos consuetudinários, sob a reserva, porém, de que o exercício da correspondente jurisdição não leve à violação dos direitos fundamentais da pessoa (art.149). Embora de forma mais restrita, a também a Constituição brasileira, no Capítulo VIII do Título VIII (arts.231 e 232), traz elementos dessa pretensão de integração das comunidades indígenas no âmbito do constitucionalismo estatal (NEVES, 2009:218).

Na pesquisa não se encontrou qualquer justificativa interpretativa para se admitir que o art.231, §1º da Constituição Federal de 1988 tenha seu sentido alterado para se afirmar a existência de uma limitação temporal do direito territorial indígena, principalmente porque foi justamente a reivindicação territorial desses povos que culminou com o próprio texto constitucional, que por sua vez legitimou a ação social posterior desses grupos étnicos.

Observou-se que o direito territorial indígena mantém sua interface com o direito territorial quilombola, seja na reivindicação de novos espaços físicos, sem que se exija uma anciandade da posse ou a relacione a grandes eventos históricos (abolição da escravidão e promulgação da Constituição de 1988), o que seria uma obliteração da história (ARENDETT, 2007), já que a causa e o efeito desses grandes eventos está na resistência cotidiana de comunidades, famílias ou até de indivíduos pela sua identidade étnica e pelo seu direito de ser diferente.

Portanto, não cabe associar o direito territorial desses grupos étnicos aos institutos jurídicos de prescrição temporal para aquisição, mas à especificidade com que constroem e reconstróem suas tradições e a escolha política e constitucional do Estado brasileiro em protegê-las.

Foi isso que revelou as experiências etnogênicas dos povos indígenas do Nordeste e os novos conflitos fundiários pluriétnicos na capital do Amazonas, ou seja, a reivindicação por espaços territoriais não está associada à relação de tempo e espaço, mas à necessidade de materialização, construção e reconstrução das suas tradições, como objeto de proteção constitucional.

A terra indígena enquanto um ser que sintetiza em si a ancestralidade, a contemporaneidade e a posteridade (BRASIL, 2009) não é objetivamente aferida a partir de dados materialmente encontrados, mas a partir de relações simbólicas que são estabelecidas e constantemente reformuladas com o passado, ante os desafios impostos, norteadas pela perspectiva e desejo de um futuro.

Assim, a “*ocupação tradicional*” se revela em uma nova concepção semântica, onde o ‘tradicional’, é considerado como atrelado a fatos do presente e a reivindicações atuais (ALMEIDA, 2008:19), e conduz a conclusão de que o instituto da *territorialização* foi positivado no §1º do art.231 e no art. 215, §1º, ambos da CRFB/88, como um processo natural e reverso à política indigenista territorial praticada pelo Estado colonial e, posteriormente, pelo Estado brasileiro, não originário de uma anterioridade da posse ou da presença indígena, mas decorrente da proteção constitucional ao direito de existir desses grupos étnicos, com suas especificidades.

Portanto, o novo caminho interpretativo verificado na pesquisa, fundado nos elementos fáticos provocados pelo movimento indígena e materializados na Constituição de 1988 e na Convenção 169 da OIT, parte do princípio que ao Estado brasileiro se impôs o dever de garantir o pleno exercício dos direitos culturais, de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais (art.215, CRFB/88), em especial o de proteger as manifestações das culturas indígenas (§1º do art.215, CRFB/88).

Posto isso, ao reconhecer aos povos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art.231, CRFB/88), ou seja, 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 (§1º do art.231, CRFB/88), positivou como instituto jurídico o que a doutrina antropológica compreende como *territorialização*.

A *territorialização* ocorre a partir da identificação nas comunidades indígenas de elementos empiricamente observáveis, como: 1) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora; 2) a constituição de mecanismos políticos especializados; 3) a redefinição do controle social sobre os recursos ambientais; e 4) a reelaboração da cultura e da relação com o passado (OLIVEIRA, 1997:22).

Dessa maneira, conclui-se que a expressão “*terras que tradicionalmente ocupam*” não é uma expressão “vaga”, mas sim um “conceito” constitucionalmente estabelecido e que não admitiria a aplicação da concepção do Supremo Tribunal Federal, que não pode ser justificada pela teoria da mutação constitucional, para alegar uma limitação temporal do direito territorial indígena, já que se trata de alteração semântica que conduz a exclusão de grupos minoritários e não o inverso como é aceito pela doutrina constitucional internacional.

Para além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se sustenta na interpretação capitaneada por Ferraz (2004) que usa como ponto de partida a interpretação biológica da ideia de *habitat* e valendo-se do instituto do *indigenato* (1912), marcado pela doutrina da superioridade biológica e que culmina com a determinação geográfica, para conseguir extrair um marco temporal, onde o legislador estabeleceu como marco o uso tradicional.

Até a Constituinte de 1988 ainda houve a tentativa de se impor ao texto constitucional doutrina da “posse imemorial”, com manifesta referência ao tempo linear, num esforço de

reconhecer o direito territorial apenas aos improváveis indígenas que tivessem conseguido vencer os colonizadores e mantiveram-se em suas terras. Todavia, os constituintes de 1987 optaram pela “posse tradicional”, desvinculado do tempo linear, mas associada ao modo de utilização da terra, como materialização do território simbolicamente exercido.

Todavia, as análises da jurisprudência e da doutrina revelaram algo que não era o objeto inicial da pesquisa e nem estava contido dentro da hipótese levantada, que foi a desconstrução da retórica constitucional, inclusive do próprio fenômeno jurídico das mudanças informais da Constituição, para supostamente incorporar as alterações fáticas sociais, que conduzem a uma concretização desconstitucionalizante do texto constitucional (NEVES, 1996).

Em verdade, o que se observou é que a interpretação constitucional realizada pela Corte Constitucional constituiu um processo essencialmente político, em que a importância da Constituição está limitada em fornecer uma estrutura para as práticas políticas e assim, como entende Mark Tushnet (2010), é a política, e não “A Constituição”, a melhor fonte para qualquer proteção dos direitos fundamentais.<sup>57</sup>

Não é por outra razão que a doutrina constitucionalista começa a admitir que é a política, e não o texto constitucional, que controla o conteúdo dos direitos (TUSHNET, 2010), o que permite aprimorar o debate sobre quais direitos devem ser reconhecidos como fundamentais, e com isso, promover uma mudança na retórica jurídica e uma maior qualidade do debate jurisprudencial, transformando os argumentos sobre o texto e doutrina constitucional, tipicamente decidido pelos juízes, nas discussões sobre as escolhas políticas que, em última análise são resolvidos pelos povos ao vivenciarem a Constituição.

Confirma-se a tese de Bourdieu (1989:217) de que há no *campo jurídico* uma oposição excludente entre a ‘teoria’ e a ‘prática’, como consequência de uma luta simbólica entre “definições diferentes do trabalho jurídico enquanto interpretação autorizada dos textos canônicos”. Dessa forma se coloca ao direito o desafio de, a partir da crítica ao próprio conteúdo do conceito de interpretação, incluir a perspectiva de quem vive a norma e a interpreta (HÄBELER, 2002:13), para permitir conhecer o “outro” por razões de coexistência e de

---

<sup>57</sup> The Constitution matters, you’re likely to think, because it protects our fundamental rights. The answer I provide here is different: The Constitution matters because it provides a structure for our politics. It’s politics, not “The Constitution,” that is the ultimate – and sometimes the proximate – source for whatever protection we have for our fundamental rights.

alargamento de horizontes e não mais por razões de controle e dominação externa (SAID, 2007:19).

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. **A construção retórica do ordenamento jurídico – Três confusões sobre ética e direito**. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro, Belo Horizonte, n. 3, p. 103-114, Abr. 2011. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1990/2176>>. Acesso em: 03 agosto de 2014.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

\_\_\_\_\_. **O que é povo ? Análise de uma fratura biopolítica**. Tradução Davi Pessoa. Artigo publicado na Folha de São Paulo, Caderno Ilustríssima, em 16/11/2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2014/11/1547789-o-que-e-um-povo-analise-de-uma-fratura-biopolitica.shtml>>. Acesso em: 20/11/2014.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALBUQUERQUE SILVA, Celso de. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ALENCAR, Francisco.; CARPI, Lúcia.; RIBEIRO, Marcos Venicius. **História da sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1996.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Arqueologia da Tradição: Uma apresentação da Coleção “Tradição & Ordenamento Jurídico”**. In SHIRAIISHI NETO, Joaquim. *Leis do Babaçu Livre: Práticas Jurídicas das Quebradeiras de Coco Babaçu e Normas Correlatas*. Manaus: PPGSCA-UFAM/Fundação Ford, 2006.

\_\_\_\_\_. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. 2.<sup>a</sup> ed, Manaus: PGSCA-UFAM, 2008.

\_\_\_\_\_. **Prefácio**. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. SANTOS, Glademir Sales dos. (org.) **Estigmatização e território: mapeamento situacional dos indígenas em Manaus**. Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia / Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Universalização e localismo: movimentos sociais e crise dos padrões de relação política na Amazônia**. In ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Quilombos e as Novas Etnias*. Manaus: UEA Edições, 2011.

ALVARÁ. 01-04-1680, In **Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro – Livro Grosso do Maranhão**, vol.66, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948.

ALVES, André. **Notícia publicada no Jornal Estado de São Paulo**. Agência Estado. 11 de março de 2012. Disponível em <[link:http://www.estadao.com.br/noticias/geral,indios-confrontam-pm-em-reintegracao-de-posse-no-am,138504](http://www.estadao.com.br/noticias/geral,indios-confrontam-pm-em-reintegracao-de-posse-no-am,138504)> Acesso em: 01 de Dez. 2014.

ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. **Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.obrabonifacio.com.br/colecao/obra/1072/digitalizacao>. Acesso em: 24 de abril de 2014.

ARENDDT, HANNAH. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARRUDA, Rinaldo Sérgio Vieira. **Territórios indígenas no Brasil**. In SOUZA LIMA, Antonio Carlos; BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.). Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED, 2002.

ARRUTI, João Maurício Paiva Andion. **Morte e vida do Nordeste indígena: a emergência étnica como fenômeno histórico regional**. Estudos Históricos (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 15, p.54-94, 1995.

BARABAS, Alicia; BARTOLOMÉ, Miguel. **Autonomias étnicas y estados nacionales**. Trabalho apresentado no Simpósio Internacional em Oaxaca, México, 25-27 de junho de 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

BARTH, Fredrik. **Grupos étnicos e suas fronteiras**. In: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. Teorias da Etnicidade. Tradução Elcio Fernandes. 2 ed. São Paulo:Ed.Unesp, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de Outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Diritto costituzionale**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1986.

BORDIEU, Pierre. **A força do direito. elementos para uma sociologia do campo jurídico**. In: O poder simbólico, 6ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Min. Relator: Ayres Britto. 14 out. 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>. Acesso em 10 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator: Ayres Britto. 14 out. 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural. Mensagem nº710. Submete à apreciação do Congresso Nacional proposta de cessão de uso gratuito ao Estado de Rondônia do imóvel da União denominado Gleba Capitão Silvio, com a finalidade de implantação da Reserva Extrativista Jaci-Paraná, que abrange

os Municípios de Porto Velho, Buriti e Nova Mamoré naquele Estado. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/426657.pdf>>. Acesso: 12 Dez. 2006.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória nº 2.123-28, de 26 de janeiro de 2001.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas\\_2001/2123-28.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2123-28.htm)>. Acesso em: 18 de novembro de 2014a.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/D3912.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3912.htm)>. Acesso em: 18 de novembro de 2014b.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 3.207-D, de 1997, do Senado Federal. (PLS nº 129/95, na Casa de origem).** Vetado pelo Presidente da República em 13/05/2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/123412.pdf>>. Acesso em: 18 de novembro de 2014a.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19649cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19649cons.htm)>. Acesso em: 20 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Mensagem nº 370, de 13 de maio de 2002.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/veto\\_total/2002/Mv370-02.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/veto_total/2002/Mv370-02.htm)>. Acesso em: 20 de novembro de 2014b.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003.** Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm)>. Acesso em: 20 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 20 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP. Relatoria do Ministro Cezar Peluso. Julgamento em 03/12/2008.** Supremo Tribunal Federal interpretou o art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. Definiu ser ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 20 de novembro de 2014a.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança Nº 2008.70.09.002352-4/PR.** Decisão Liminar, proferida pelo Magistrado Federal Antônio César Bochenek, em 10/10/2008, publicada no Diário Oficial Eletrônico em 15/10/2008, na Seção Judiciária de Ponta Grossa, nos autos do processo em que os fazendeiros Jose Marcondes Leal e Maria Francisca Cordeiro Marcondes Leal pretendiam a suspensão do processo administrativo de regularização da Comunidade Quilombola Serra do Apon. Disponível em: <[http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Serra\\_do\\_apon.pdf](http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Serra_do_apon.pdf)>. Acesso em: 20 de novembro de 2014.b

\_\_\_\_\_. **Ação Ordinária nº 2008.85.00.001626-6 da Seção Judiciária de Aracaju - SE.** Sentença proferida em 14 de maio de 2011, pelo Magistrado Federal Edmilson da Silva Pimenta. Disponível em: <<http://cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/Ord08%20senten%C3%A7a%20maio11.pdf>>. Acesso em: 20 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.010160-5/PR, julgado em 08 de julho 2008, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região,** sob a Relatoria da Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Disponível em: <[http://6ccr.pgr.mp.br/legislacao/legislacao-docs/quilombola/Acordao\\_no\\_Agravo\\_de\\_Instrumento\\_TFR\\_4Reg.pdf](http://6ccr.pgr.mp.br/legislacao/legislacao-docs/quilombola/Acordao_no_Agravo_de_Instrumento_TFR_4Reg.pdf)>. Acesso em: 20 de novembro de 2014.c

\_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.052659-8/DF, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em Brasília,** em 25 de janeiro de 2008, sob a Relatoria do Juiz Federal convocado pelo TRF1, Cesar Augusto Bearsi. Reformou uma decisão liminar do Magistrado de primeira instância que havia determinado a suspensão do processo administrativo de reconhecimento da Comunidade Quilombola Pedra do Sal (RJ), a pedido da Venerável Ordem Terceira de São Francisco da Penitência. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=70>>. Acesso em: 20 de novembro de 2014. d

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239. Relatoria do Ministro Cezar Peluso. Voto apresentado na Seção Plenária de 18/04/2012.** ADIN ajuizada pelo DEM contra o Decreto 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205330>>. Acesso em: 20 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 203.954-3/CE. Relatoria do Ministro Ilmar Galvão. Julgamento em 03/12/2008.** Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade de Portaria do Ministério da Fazenda que proibia a importação de automóveis usados. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239067>>. Acesso em: 20 de novembro de 2014.e

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12.** Relatoria do Ministro Carlos Britto. Julgamento em 20 de agosto de 2008. Supremo Tribunal Federal declarou a perfeita validade da Resolução do Conselho Nacional de Justiça que proibiu o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário sem a intermediação de lei formal neste sentido. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 20 de novembro de 2014.f

\_\_\_\_\_. **Requerimento** do Deputado Federal Paulo Cesar Quartiero realização de Audiência Pública na Comissão de Agricultura, Pecuária e Abastecimento para debater sobre a revogação do Brasil à subscrição da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Apresentada em 16 de abril de 2014. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=96552825690348256146417DECCF4145.proposicoesWeb1?codteor=1247423&filename=Tramitacao-REQ+577/2014+CAPADR](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=96552825690348256146417DECCF4145.proposicoesWeb1?codteor=1247423&filename=Tramitacao-REQ+577/2014+CAPADR)>. Acesso em: 18 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Inconstitucionalidade nº 5005067-52.2013.404.0000/TRF da 4ª Região. Julgada em 19 de dezembro de 2013.** Reconheceu a

constitucionalidade do nº 4.887/2003. Relatoria do Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Disponível em: <[http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2014/01/Documentos-julgamento-TRF4\\_2013-.pdf](http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2014/01/Documentos-julgamento-TRF4_2013-.pdf)>. Acesso em: 20 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei de 27 de outubro de 1831.** Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-37625-27-outubro-1831-564675-publicacaooriginal-88614-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37625-27-outubro-1831-564675-publicacaooriginal-88614-pl.html)>. Acesso em: 24 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. **Ato Adicional de 1834 (Lei nº16 de 12 de agosto de 1834).** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-16-12-agosto-1834-532609-publicacaooriginal-14881-pl.html>>. Acesso em: 27 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 426 de 24 de julho de 1845.** Contêm o Regulamento acerca das Missões de catechese, e civilização dos Índios. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-426-24-julho-1845-560529-publicacaooriginal-83578-pe.html>>. Acesso em: 25 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm)>. Acesso em: 27 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 1318, de 30.01.1854,** regulamentava a Lei 601, de 18.09.1850. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D1318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D1318.htm)>. Acesso em: 27 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 10 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 8.072, de 20 de Junho de 1910.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-8072-20-junho-1910-504520-norma-pe.html>>. Acesso em: 10 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5484-27-junho-1928-562434-publicacaooriginal-86456-pl.html>>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 12 de maio de 2014a.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 24.700 de 12 de Julho de 1934.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24700-12-julho-1934-519729-publicacaooriginal-80372-pe.html>>. Acesso em: 12 de maio de 2014b.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 702, de 21 de março de 1936.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-702-21-marco-1936-472177-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 10.652, de 16 de Outubro de 1942.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-10652-16-outubro-1942-464627-norma-pe.html>>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Jurisprudência. Vol.20. Janeiro, Fevereiro e Março de 1962. **Recurso Extraordinário n.º 44.585.** de Relatoria para o Acórdão do Ministro Victor Nunes Leal, no Mandado de Segurança interposto pelo Serviço de Proteção aos Índios contra a Lei estadual n.º 1.077/50, que reduziu o território indígena do Povo Kandiwéu. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/020\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/020_1.pdf)> Acesso em 11 Mai. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Enunciado n.º 480 da Súmula do STF.** 10/12/1969, Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_401\\_500](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500)> Acesso em 13 Maio 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º. 52.665, de 11 de Outubro de 1963.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/dcret/1960-1969/decreto-52665-11-outubro-1963-392915-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 de maio de 2014a.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º. 52.668, de 11 de Outubro de 1963.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/dcret/1960-1969/decreto-52668-11-outubro-1963-392923-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 de maio de 2014b.

\_\_\_\_\_. **Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm)>. Acesso em: 13 de junho de 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º. 58.824, de 14 de Julho de 1966.** Disponível em:<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/dcret/1960-1969/decreto-58824-14-julho-1966-399446-norma-pe.html>>. Acesso em: 13 de junho de 2014b.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 13 de junho de 2014a.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 5.371, de 5 de Dezembro de 1967.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5371.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm)>. Acesso em: 13 de junho de 2014b.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 6.001, de 19 de Dezembro de 1973. Estatuto do Índio.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)>. Acesso em: 13 de junho de 2014

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de Outubro de 1969.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 13 de junho de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária 278.** Desapropriação indireta de imóvel para integrar o Parque Nacional do Xingu, de relatoria do Ministro Soares Muñoz. Julgado em 10 de agosto 1983. Revista Trimestral de Jurisprudência Volume 107, p. 461 e ss. 1984.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 20.234**, de relatoria do Ministro Cunha Peixoto. Julgado em 04 de junho de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85037>> . Acesso em: 13 de Outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 20.215**, de relatoria do Ministro Décio Miranda. Julgado em 05 de março de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85026>> . Acesso em: 13 de Outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Civil Original nº 323-7**, de relatoria do Ministro Francisco Rezek. Julgado em 14 de outubro de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266076>> . Acesso em: 13 de Outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 219.983-3**, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Julgado em 09 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=248790>> . Acesso em: 13 de Outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Ação Civil Original nº 469-1/RS**, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão. Julgado em 10 de maio de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=353875>>. Acesso em: 13 de Outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Comissão de Jurisprudência**. Manifestação pelo arquivamento de PSV sobre demarcação de reservas indígenas. Notícias STF de 30 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122930>>. Acesso em 15 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 3.388**. Acórdão de Relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 19 de março de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>> . Consulta em: 27 de outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Petição nº 3.388**. Acórdão de Relatoria do Ministro Roberto Barroso. Julgado em 23 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>> . Consulta em: 27 de outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 31.100-DF**. Acórdão de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6631951880>> . Consulta em: 27 de outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087-DF**. Acórdão de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Julgamento encerrado em 16 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>> . Consulta em: 27 de outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. Anteprojeto Constitucional. “**Projeto Afonso Arinos**”. Publicado no Diário Oficial. Suplemento Especial Nº 185, sexta-feira, 26 de setembro de 1986. Brasília – DF, p.51. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos .pdf](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf)>. Acesso em: 03 agosto 2014.

\_\_\_\_\_. Assembléia Nacional Constituinte. 1987. **Membros da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais**. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao1/copy\\_of\\_subcomissao1a](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao1/copy_of_subcomissao1a)>. Acesso em: 04 agosto 2014a.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Anais da Assembléia Nacional Constituinte de 1987. **Atas da Subcomissão dos negros, Populações indígenas, pessoas Deficientes e minorias**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/7c%20-%20SUBCOMISS%C3%83O%20DOS%20NEGROS,%20POPULA%C3%87%C3%95ES%20IND%C3%8DGENAS.pdf>>. Acesso em: 04 agosto 2014b.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte de 1987. **Relatório do Anteprojeto da Subcomissão de Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**. Volume 196. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-196.pdf>>. Acesso em: 04 agosto 2014c.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte de 1987. **Redação final do Anteprojeto da Subcomissão das Populações Indígenas, enviado à Comissão da Ordem Social** Volume 200. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-200.pdf>>. Acesso em: 04 agosto 2014d.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte de 1987. **Substitutivo do Relator, constituinte Almir Gabriel (PMDB/PA)**. Volume 183. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-183.pdf>>. Acesso em: 04 agosto 2014e.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte de 1987. **Emendas ao Substitutivo do Relator, constituinte Almir Gabriel (PMDB/PA)**. Volume 182. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-182.pdf>>. Acesso em: 04 agosto 2014f.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte de 1987. **Segundo Substitutivo**. Volume 185. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-185.pdf>>. Acesso em: 04 agosto 2014g.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte de 1987. **Redação final do Anteprojeto da Comissão da Ordem Social**. Volume 187. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-187.pdf>>. Acesso em: 04 agosto 2014h.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte de 1987. **Primeiro Anteprojeto da Comissão de Sistematização**. Volume 219. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf>>. Acesso em: 04 agosto 2014i.

\_\_\_\_\_. Diário da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, **138ª Sessão**, extraordinária matutina, 15 de agosto de 1987, pp.696 e 697.j

\_\_\_\_\_. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988), **145ª Sessão**, extraordinária matutina, 20 de agosto de 1987, p.242.l

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte de 1987. **Primeiro Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização Dep. Bernardo Cabral (PMDB/AM)**. Volume 235. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf>>. Acesso em: 04 agosto 2014m.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte de 1987. **Segundo substitutivo do Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização**. Volume 242. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-242.pdf>>. Acesso em: 04 agosto 2014n.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte de 1987. **Projeto de Constituição “A” da Constituição**. Volume 251. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-251.pdf>>. Acesso em: 04 agosto 2014o.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte de 1987. **Projeto de Constituição “B” da Constituição**. Entregue em 05 de julho de 1988. Volume 299. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-299.pdf>>. Acesso em: 04 agosto 2014a.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte de 1987. **Anteprojeto de Constituição “C” da Constituição de 1988**. Volume 314. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-314.pdf>>. Acesso em: 04 agosto 2014b.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte de 1987. **Anteprojeto de Constituição “D” da Constituição de 1988**. Volume 316. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-316.pdf>>. Acesso em: 04 agosto 2014c.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. - 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CADENA, Carlos Alberto López. **Mutaciones Constitucionales: Nuevo Rol De La Interpretación Constitucional**. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo en América Latina. 1 ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico**. Madri: Tecnos, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra. Almedina, 1993.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos dos Índios- Ensaios e Documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

\_\_\_\_\_. **Política indigenista no Século XIX**. In: Carneiro da Cunha, Manuela (org.). História dos índios no Brasil. São Paulo, Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura/FAPESP, 1992, p.133-153.

CARVALHO, José Murilo de. **A cidadania no Brasil: um longo caminho**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

CENTRO ECUMÊNICO DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO – CEDI. **Povos Indígenas no Brasil 1987/8/89/90**. Aconteceu Especial 18. São Paulo: 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CUNHA FERRAZ, Anna Cândida da. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. 1ª ed., São Paulo: Max Limonad. 1986.

DAVIS, Shelton H.. **Vítimas do milagre: o desenvolvimento e os índios do Brasil**. Rio de Janeiro: Zahar. 1978.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. Salvador: Podivm, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EVANGELISTA, Carlos Augusto Valle. **Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988**. Rio de Janeiro: UFRJ/IFICS, 2004.

FARIAS JÚNIOR, Emmanuel de Almeida. **Terras indígenas nas cidades: Lei municipal de desapropriação nº 302 Aldeia Beija-flor, Rio Preto da Eva, Amazonas**. Manaus: UEA Edições, 2009.

FARIAS, Ivan Soares. **Tutela e capacidade jurídica dos índios a partir do reconhecimento à alteridade**. In ALMEIDA, Luiz Sávio de. e SILVA, Amaro Hélio Leite da (organizadores). Índios do Nordeste: etnia, política e história. Maceió: EDUFAL, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 3ª Ed, 2001.

\_\_\_\_\_. **A demarcação de terras indígenas e seu fundamento Constitucional**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, N. 3, jan./jun. 2004.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Machado, Roberto (Org. e trad.), Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, 26ª ed. 2008.

\_\_\_\_\_. **Estruturalismo e Teoria da Linguagem**. Sobre a Arqueologia das Ciências. Respostaaao Círculo Epistemológico. Editora Vozes Ltda. 1968.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. “Justice Interruptus: Critical reflections on the post-socialist condition”, Routledge, Nova York, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer (revisão da tradução de Enio Paulo Giachini). 7. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: EDUSF, 2005. (Coleção pensamento humano).

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Jorge Zaverucha, 1978.

GOLDSTEIN, Melvin. **Ethnogenesis and resource competition among Tibetan refugees in south India**. Em: Despres, L. (ed). *Ethnicity and resource competition in plural societies*, 1975.

GRÜNEWALD, Rodrigo de Azeredo. **Tradição**. In *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos / coordenação geral [de] Antonio Carlos de Souza Lima*. – Brasília / Rio de Janeiro / Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia / Laced / Nova Letra, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos interesses da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Trad. Pedro Cruz, Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOBSBAWN, Eric. RANGER, Terence. **A Invenção da Tradição**. Rio de Janeiro: Editora Paz na Terra, 1997.

Jornal Correio Braziliense, Brasília, nº 8892, **Editorial “Soberania em risco”**. p. 4, 16/08/ de 1987, 16/08/1987

Jornal O Estado de São Paulo, São Paulo, nº 34497, **“Cardoso Alves propõe a CPP”**. p. 5, 14/08/ de 1987, 14/08/1987.

LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é Incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção de incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988**. Dissertação de Mestrado em Direito. Brasília: PGD/UNB, 2007.

LEIRNER, Piero de Camargo. **Um Grande cerco de paz. Poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil**. Rev. Antropol. [online]. 1997, vol.40, n.1, pp. 237-246.

LIMA, Antonio Carlos de Souza. **Um grande cerco de paz. Poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil**. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro, PPGASMN/UFRJ, Mimeo, 1992.

LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria. **Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002.

LOPES, Danielle Bastos. **O movimento indígena na Assembléia Nacional Constituinte (1984-1988)**. 2011

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. **A Escravidão no Brasil**. Rio de Janeiro - Typografia Nacional - Rua da Guarda Velha, Vol. II, 1867.

MELO, Joaquim. **A Política Indigenista no Amazonas**. Manaus: Governo do Estado do Amazonas – Secretaria de Estado da Cultura, 2009.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos políticos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmão, 1912.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Terras ocupadas pelos índios**. Revista de Direito Público, v. 21, n.86, p. 116-125, abr./jun. 1988.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 129 Mutação Constitucional; São Paulo: Saraiva, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra. Ed. Coimbra, 1991.

MOISÉ, Beatriz Perrone. **Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII)**. In: CUNHA, Manoel Carneiro (org). História dos índios no Brasil. São Paulo: Cia das Letras, 1992.

MONTANARI JUNIOR, Isaias. **Demarcação de Terras Indígenas e Cooperação Internacional. Análise do PPTAL – Programa Piloto de Proteção das Terras Indígenas na Amazônia Legal**. Curitiba: Juruá, 2013.

MÜLLER, Friedrich. **Método de trabalho no direito constitucional**. Tradução Peter Nauman. 3ª ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NETO, Joaquim Shir aishi. **Reflexão do direito das “Comunidades Tradicionais” a partir das Declarações e Convenções Internacionais**. Hiléia – Revista de Direito Ambiental da Amazônia, nº 3 | jul-dez | 2004.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder**. Revista de Informação Legislativa. pp. 321-330. Brasília a. 33 n. 132 out./dez. 1996.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **CONVENÇÃO 107**, de 05 de julho de 1957. Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tradicionais e semitribais de países independentes. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107\).pdf](http://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107).pdf)>. Acesso: 03 maio 2014.

OLIVIEIRA, João Pacheco. **Uma Etnologia dos Índios Misturados? “situação colonial, territorialização e fluxos culturais**. Mana – Estudos de Antropologia Social. Rio de Janeiro: v. 4, n. 1, p. 47-77, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/mana/v4n1/2426.pdf>>, Acesso: 25 março de 2014.

ORTOLAN MATOS, Maria Helena. 1997 (Versão Original). **O processo de criação e consolidação do movimento pan-indígena no Brasil (1970-1980)**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília

PARAISO, Maria Hilda Baqueiro. Krenak. **Enciclopédia Eletrônica dos Povos Indígenas Brasileiros**, São Paulo, 1999.

PEREIRA, Deborah Duprat de B. **O Direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade**. In: Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais. Deborah Duprat, org. Manaus: UEA, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Estado pluriétnico.** In: LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria. **Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III.** Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. **Índios Livres e Índios Escravos. Os princípios da legislação indigenista do período colonial (Século XVI a XVIII).** In: Carneiro da Cunha, Manuela (org.). **História dos índios no Brasil.** São Paulo, Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura/FAPESP, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967,** com a EC 1/69, t. VI, 1972.

\_\_\_\_\_. Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado,** 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971 t. XII.

\_\_\_\_\_. Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946.** Vol. V, 1953.

PORTUGAL, **Alvará. 01 de abril de 1680,** in Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro – Livro Grosso do Maranhão, vol.66, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948.

PORTUGAL, **Regimento de 17 de dezembro de 1548.** Disponível em: <[http://lemad.fflch.usp.br/sites/lemad.fflch.usp.br/files/1.3.\\_Regimento\\_que\\_levou\\_Tom\\_de\\_Souza\\_0.pdf](http://lemad.fflch.usp.br/sites/lemad.fflch.usp.br/files/1.3._Regimento_que_levou_Tom_de_Souza_0.pdf)> . Acesso em 20 de março de 2014.

**PRIMEIRA DECLARAÇÃO DE BARBADOS:** Pela libertação do indígena. 30 de janeiro de 1971. Disponível em: <[http://www.missilogia.org.br/cms/UserFiles/cms\\_documentos\\_pdf\\_28.pdf](http://www.missilogia.org.br/cms/UserFiles/cms_documentos_pdf_28.pdf)>. Acesso em: 03 agosto 2014.

RIBEIRO SILVA, Leandro. **Propriedade Rural.** Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001.

RODRIGUES, Josibel. **A resposta à estigmatização produz território étnico: os indígenas em Manaus e a formação de comunidades.** Alfredo Wagner Berno de. SANTOS, Glademir Sales dos. (org.) **Estigmatização e território: mapeamento situacional dos indígenas em Manaus.** Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia / Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2009.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución.** 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 165-172.

SAID, Edward W. **Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente;** Tradução Tomás Rosa, Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

SANTILLI, Márcio. **Os direitos indígenas na Constituição brasileira.** In: Povos Indígenas no Brasil 1987/88/89/90. São Paulo: CEDI. 1991.

SANTOS, Glademir Sales dos. **Etnografia da inclusão: a resistência contra a indiferença.** Alfredo Wagner Berno de. SANTOS, Glademir Sales dos. (org.) **Estigmatização e território: mapeamento situacional dos indígenas em Manaus.** Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia / Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2009.

SILVA, José Justino de Andrade e, **Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa - 1603-1612,** Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional nº 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio a Castello (1930-64)**. Tradução Berilo Vargas. — São Paulo : Companhia das Letras, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios**. In BARROS-HOFFMAN, Maria. Além da Tutela, bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria / LACED, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Direito envergonhado (o direito e os índios no Brasil)**. In: Luis Donisete Grupioni, [org.]. Índios no Brasil. São Paulo: Global Editora, 1998.

STEFANINI, Luiz de Lima. **Código Indígena no Direito Brasileiro**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2012.

THOMPSON, Edward P. **Costumes em comum: Estudos Sobre a Cultura Popular Tradicional**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998.

TOMEI, Manuela; SEWPSTON, Lee. Povos **Indígenas e Tribais. Guia para a aplicação da Convenção nº. 169 da OIT**. Brasília: OIT, 1999.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas**. In: SANTILLI, Juliana (Org.). Os Direitos Indígenas e a Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1993.

TODOROV, Tzvetan. **A Conquista da América: A questão do outro**. Tradução Beatriz Perrone Moisés. 4ª Ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

TUSHNET, Mark. **Why the Constitution matters**. New Haven: Yale University Press, 2010.

UBINGER, Helen Catalina. **“Deus é por Nós” – urban land occupied by indigenous people in Iranduba, Brazil is repossessed by police authorities**. Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia. Disponível em: <<http://novacartografiasocial.com/deus-e-por-nos-urban-land-occupied-by-indigenous-people-in-iranduba-brazil-is-repossessed-by-police-authorities/>>. Acesso em 30 de Nov. 2014.

VILLAS BÔAS, Orlando; VILLAS BÔAS, Cláudio. **A Marcha para o Oeste: a epopeia da Expedição Roncador-Xingu**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VIEGAS, Daniel Pinheiro. **O Direito de Propriedade e a Zona da Mata pernambucana**. Recife: Editora Linceu. 2010.

\_\_\_\_\_. **A regularização fundiária como política de redistribuição e reconhecimento das comunidades tradicionais**. In: VIEGAS, Daniel Pinheiro; BURIOL, Fabiano. Resistência das comunidades através da tradição. Coleção Documentos de Bolso ; 8. Manaus:UEA Edições; PnCSA, 2014.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn, 3ª Edição, Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994.

ZELIC, Marcelo. **Povos Indígenas e Ditadura Militar. Relatório Parcial 01 de 30/11/2012.** Subsídios à Comissão Nacional da Verdade 1946-1988. Disponível em: <[http://diversitas.fflch.usp.br/files/Relat%C3%B3rio%20Parcial%20-%2030\\_11\\_2012.pdf](http://diversitas.fflch.usp.br/files/Relat%C3%B3rio%20Parcial%20-%2030_11_2012.pdf)>. Acesso em: 13 de junho de 2014.