

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

**EDILTON BORGES CARNEIRO**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DE TERRAS  
INDÍGENAS NO PROCESSO DEMARCATÓRIO POR  
CARACTERIZAR REMOÇÃO**

Trabalho apresentado 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: Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas**

Manaus  
2006

**EDILTON BORGES CARNEIRO**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DE TERRAS  
INDÍGENAS NO PROCESSO DEMARCATÓRIO POR  
CARACTERIZAR REMOÇÃO**

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

Orientador: Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas

Manaus  
2006

# **TERMO DE APROVAÇÃO**

**EDILTON BORGES CARNEIRO**

## **A INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO PROCESSO DEMARCATÓRIO POR CARACTERIZAR REMOÇÃO**

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

Manaus, 06, de outubro de 2006.

Presidente: Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho  
Dantas  
Universidade do Estado do Amazonas

Membro: Prof. Dr. Joaquim Shiraishi Neto  
Universidade do Estado do Amazonas

Membro: Prof. Dr. Alfredo Wagner  
Universidade Federal do Estado do Amazonas

A meus pais EDUARDO BATISTA CARNEIRO (*in memoria*) e MARINETE BORGES CARNEIRO; à minha esposa MARIA DO CARMO GUSMÃO FERRAZ CARNEIRO, pelo carinho e compreensão neste período de graves turbulências e dedicação à elaboração dessa dissertação; aos meus filhos NANCY FERRAZ CARNEIRO, DIEGO FERRAZ CARNEIRO, ALINE DA SILVA e POLLYANA FERRAZ CARNEIRO, fontes permanentes de inspiração e busca de crescimento profissional e intelectual.

## Agradecimentos Especiais

Ao meu orientador, Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas, pelos momentos de paciência e determinação em trabalhar com este orientando, alertando sobre a necessidade de se buscar a interdisciplinaridade e a apresentação de uma vasta bibliografia para embasar o tema, além da riquíssima experiência pessoal a respeito do tema escolhido, não podendo esquecer que, além das questões acadêmicas, obtive sua compreensão e apoio em horas bastante difíceis desta jornada, onde por diversas vezes estive prestes a desistir da conclusão do mestrado; atuou não só como orientador, mas como um grande amigo, ouvinte e conselheiro.

No decorrer da elaboração deste trabalho, por dever de gratidão, não posso deixar de mencionar os componentes do Corpo Docente do Programa de Pós-graduação da Universidade do Estado do Amazonas, especialmente na pessoa da Prof<sup>a</sup>. Dra. Solange Teles da Silva, da Prof<sup>a</sup>. Dra. Cristiane Derani, da Prof<sup>a</sup>. Dra. Andréia Borghi, do Prof. Dr. Serguei Franco, do Prof. Dr. Walmir de Albuquerque Barbosa, do Prof. Dr. Sandro Nahmais Melo, do Prof. Dr. Ozório José de Menezes Fonseca e do Prof. Dr. David Sanches Rubio.

Não posso igualmente deixar de manifestar meu reconhecimento a Rejane Silva Viana, colega e companheira de mestrado, que durante todo o período de convivência acadêmica, além de grande colaboradora, demonstrou ser uma grande amiga, dando apoio em todos os momentos de dificuldades vividos neste período, com grande paciência e compreensão.

A Maria do Carmo, minha esposa, por ter sempre e independente de qualquer situação não permitido que desistisse deste projeto.

## RESUMO

Esta dissertação de mestrado está centrada na análise do tema terras indígenas, buscando entender o papel da propriedade ou apropriação da terra indígena no direito civil e constitucional brasileiro a partir da promulgação e entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O trabalho, partindo de um breve histórico, procura compreender o tratamento dado pelas legislações portuguesa e brasileira às terras indígenas, discutindo o conceito de propriedade na cultura ocidental colonizadora e na cultura indígena para mostrar a profunda diferença de como esses conceitos são trabalhados por estas culturas distintas. Discute ainda o reconhecimento constitucional do direito originário dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, e a interpretação dada pela hermenêutica jurídica ao dispositivo constitucional constante do artigo 231, § 1º, de como se caracteriza a tradicionalidade da ocupação para, a partir deste arcabouço, juntamente com a análise e interpretação do contido no artigo 231, § 5º da Carta Magna brasileira, demonstrar a inconstitucionalidade da redução de terras indígenas no processo administrativo de demarcação, pois essa redução caracteriza remoção dos povos indígenas de suas terras, e não se encontra dentro das situações especificamente determinadas em *numerus clausus*, permissivas do ato de remoção.

**Palavras-Chave:** terras indígenas, inconstitucionalidade, redução, demarcação, remoção.

## ABSTRACT

This master dissertation is centered in the analysis of the subject aboriginal lands, searching to understand the paper of the property of the aboriginal land in the civil law and constitutional Brazilian from the promulgation and entrance in vigor of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. The work, leaving of a historical briefing, looks for to understand the treatment given for the legislators Portuguese and Brazilian to aboriginal lands, arguing the concept of property in the culture colonizer occidental person and the aboriginal culture to show the deep difference of as these concepts are worked by these distinct cultures. It still argues the constitutional recognition of the originary right of the aboriginal peoples to the lands that traditionally occupy, and the interpretation given for the legal hermeneutics to the constant constitutional device of article 231, § 1º, of as if it characterizes the tradicionalidade of the occupation, stops from this however, together with the analysis and interpretation of the contained one in article 231, § 5º of the Brazilian Great Letter, to demonstrate to the unconstitutionality of the land reduction aboriginals in the administrative proceeding of landmark, therefore this reduction characterizes removal of the peoples aboriginals of its lands, and not if it inside finds of the definitive situations in numerus clausus, specifically permissive of the removal act.

**Key Words:** aboriginal lands, unconstitutionality, reduction, landmark, removal.

## SUMÁRIO

|   |     |
|---|-----|
| Introdução .....  | 10  |
| <b>CAPÍTULO I - As terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas e sua regulação jurídica</b>          |     |
| 1 Breve esboço histórico .....  | 25  |
| 2 Terras indígenas e as Constituições brasileiras .....   | 37  |
| 3 Apropriação indígena e propriedade ocidental .....  | 50  |
| 3.1 A propriedade no direito ocidental .....  | 51  |
| 3.2 O conceito moderno de posse e propriedade .....   | 57  |
| 3.3 Apropriação indígena .....  | 66  |
| 4 Terra indígena: propriedade sociocultural .....   | 70  |
| 5 As terras indígenas e sua regulação jurídica: propriedade, posse, usufruto e garantias .....                  | 75  |
| <br>  |     |
| <b>CAPÍTULO II – A demarcação de terras indígenas: instrumento administrativo e fundamentos jurídicos</b>       |     |
| 1 A demarcação de terras indígenas como exigência de proteção Constitucional .....                              | 81  |
| 2 Decreto 1775/96: seus fundamentos e aplicações .....  | 84  |
| 3 A demarcação de terras indígenas: instrumento meramente administrativo de delimitação .....                   | 89  |
| <br>  |     |
| <b>CAPÍTULO III – Da inconstitucionalidade da remoção dos povos indígenas de suas terras</b>                    |     |
| 1 Por uma hermenêutica constitucional e emancipatória .....   | 92  |
| 1.1 O reconhecimento constitucional do direito originário às terras e a aplicação da norma constitucional ..... | 112 |
| 2 Uma incursão jurisprudencial: a interpretação constitucional no Judiciário .....                              | 119 |
| <br>  |     |
| <b>CAPÍTULO IV – A redução no processo de demarcação das terras indígenas caracteriza remoção</b>               |     |
| 1 A natureza complexa do espaço de vida indígena: riquezas naturais e humanas .....                             | 126 |
| 2 Terra como espaço de sobrevivência física e cultural .....  | 130 |
| 3 Reduzir terra indígena significa remover .....  | 133 |
| Conclusão .....   | 137 |
| Referências .....   | 143 |

## INTRODUÇÃO

O tema escolhido para pesquisa e dedicação acadêmica – A inconstitucionalidade da redução de terras tradicionalmente ocupadas no processo demarcatório por caracterizar remoção – surge da constatação de que, apesar do reconhecimento constitucional do direito originário<sup>1</sup> dos povos indígenas às suas terras, constante do art. 231, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o exercício desses direitos invariavelmente tem se apresentado como ficção, não tendo efetividade no mundo fático, por falta de instrumento processual garantidor deste, já que o direito ocidental se depara com a falta de um instrumento de reconhecimento do direito à propriedade coletiva<sup>2</sup>, ora por interesses econômicos do chamado mundo globalizado, ou do processo espoliativo contra os povos indígenas, que teve início com o projeto de colonização européia.

Identifica-se o reflexo da diversidade cultural no direito de propriedade já a partir de uma observação preliminar, pela indissociabilidade dos povos indígenas em relação às suas terras e suas tradições. “Para esses povos a terra não é, e nem pode ser objeto de propriedade individual”<sup>3</sup>.

A noção de propriedade privada da terra inexistente nessas sociedades. Mesmo que o produto do trabalho possa ser em alguns casos, individual, ainda que na maioria das

---

<sup>1</sup> MENDES JÚNIOR, João. Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos. São Paulo: typ. Hermes Irmãos, 1912, pág. 58 a 60.

<sup>2</sup> Não existe no direito ocidental o reconhecimento da propriedade coletiva nos moldes da cultura indígena. O reconhecimento da propriedade coletiva no direito ocidental ocorre como o somatório de diversas propriedades individuais, enquanto na cultura indígena a propriedade coletiva é indivisível.

<sup>3</sup> RAMOS, Alcida Rita. Sociedades indígenas. São Paulo: Ática, 1986.

vezes seja familiar, o acesso a esses bens se dá de forma coletiva. A terra e seus recursos naturais são do domínio da comunidade, não existindo desta forma, escassez socialmente provocada dos recursos<sup>4</sup>.

A presente dissertação dedica-se a demonstrar a inconstitucionalidade da redução de terras indígenas no processo de demarcação, abordando o tema que se tornou um marco significativo da luta dos povos indígenas, e não se restringe à discussão apenas no plano local (nacional), mas também no plano internacional, onde inúmeras instituições multilaterais, dentre as quais podemos citar a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), dentre outras, que editam normas, na busca de acabar ou, quando menos, minimizar a invisibilidade<sup>5</sup> desses povos enquanto possuidores do direito à diversidade cultural, que no caso brasileiro encontra sua garantia constitucional no art. 231, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, instaurando, a partir desta nova visão, um tempo de esperanças, reconhecimentos e conquistas.

Os povos indígenas<sup>6</sup> se inscrevem em uma categoria que traz consigo uma série de conflitos, por não se coadunar com a noção de sujeito da cultura ocidental, trazendo a idéia de sujeito de direito igual à de indivíduo; para os povos indígenas a sociedade não é apenas o somatório de vários indivíduos, assim, por exemplo, a propriedade de alguns bens como a terra, é coletiva, não nos parâmetros do direito ocidental, portanto divisível em partes ideais por meio de uma divisão imaginária, mas de um direito de solidariedade que vincula de forma

---

<sup>4</sup>Ibidem, Ibidem, pág. 54.

<sup>5</sup>DUSSEL, Enrique. 1942: O encobrimento do outro. Petrópolis: Vozes, 1993.

<sup>6</sup>Segundo Maria Manuela Carneiro da Cunha, são aqueles que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude de uma consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas. Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais. In. SANTOS, Silvio Coelho dos; WERNER, Denis; BLOMER, Neusa Sens e NACKE, Anelise (Orgs.). Sociedades indígenas e o direito. Uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.

imprescindível os direitos territoriais ao de se autogovernarem e a sua diversidade cultural, tornado-se assim sujeitos diferenciados<sup>7</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reservou um capítulo inteiro (Capítulo VIII – DOS ÍNDIOS), para tratar especificamente dos direitos indígenas, tendo sido considerada uma das constituições mais avançadas no tratamento desses direitos, isto em decorrência de haver extirpado, pelo menos no campo jurídico, a etnocida premissa da incorporação dos indígenas à comunhão nacional, integração essa, que tinha como fundamento a aculturação forçada através de um sistema de tutela que tratava os povos indígenas como relativamente incapazes, até que a integração fosse concluída. Desta forma, ser índio era uma condição provisória, um estágio anterior à condição de civilizado. Estas visões estão espelhadas em todas as constituições brasileiras anteriores a de 1988, que tinham uma visão etnocida, pois confinava os direitos indígenas à provisoriedade.

Os povos indígenas ao longo de sua história sofreram todo tipo de discriminação e exploração por parte de vários grupos sociais, iniciando-se com os colonizadores europeus na figura dos padres jesuítas, que aqui chegaram com o propósito de catequizá-los, catequese esta que na verdade tratava-se de um projeto que tinha como meta principal, eurocêntrica, subjugar e aniquilar a cultura desses povos. Esta visão, apesar dos avanços no campo jurídico, prossegue em nossos dias com grupos sociais como garimpeiros, fazendeiros e madeireiros, através de invasões de terras, apoiados por alguns setores do Poder Público<sup>8</sup>.

O tema abordado é de grande interesse jurídico na atualidade, em razão do desencadeamento de um grande número de conflitos que tem provocado a morte de diversas

---

<sup>7</sup> Nas palavras de Fernando Antonio de Carvalho Dantas, categoria que se insere no âmbito de uma nova perspectiva do direito, uma vez que conflita com a clássica noção correlata de sujeito igual a indivíduo e, por conseguinte, de sociedade como soma de indivíduos, invoca uma série de conseqüências teórico-metodológicas que vão desde o estudo da reinserção do sujeito aos contextos sócio-jurídico-político-cultural e econômico, observado o *status* de pessoas diferenciadas, imprescindivelmente vinculadas aos direitos territoriais, aos direitos de autogoverno, poliétnicos e de representação. O sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro. Tese de Doutorado. Curitiba: CPGD/UFPR, 1999.

<sup>8</sup> Procuradoria Geral da República no seu papel constitucional de defender os direitos e bens das sociedades indígenas, entra com recurso contra a decisão que prejudica a terra indígena Raposa Serra do Sol. Manchetes Socioambientais do ISA. Disponível em [www.sociambiental.org.br](http://www.sociambiental.org.br), acesso em 24/05/2004 às 10h18min horas.

lideranças indígenas<sup>9</sup>, degradação ambiental, invasão de terras públicas e a exploração de recursos naturais não renováveis ou de difícil e lenta regeneração, sem a observância de várias regras legais postas pelo Estado. Os conflitos, porém, não se limitam às esferas privadas, pois é comum nos Estados e Municípios que os agressores se aliem a setores do Poder Público<sup>10</sup> para fazer oposição aos direitos territoriais indígenas, utilizando-se dos meios de comunicação para reproduzir seus discursos discriminatórios e preconceituosos.

A dissertação pretende realizar uma abordagem interdisciplinar, utilizando-se de proposições e conceitos do direito, da antropologia, sociologia, economia, política, ecologia, e todas as ciências que tenham como objeto principal, ou parte deste, o ser humano e sua sobrevivência física, cultural, e social e, também, enquanto povos, demonstrando que na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no ordenamento jurídico que tem nela seu fundamento de validade e legalidade, não é possível a redução das terras indígenas, estejam elas demarcadas ou não.

Para tanto será feita uma análise tomando por base o entendimento da realidade da vida e organização das sociedades indígenas, estampada na vida concreta desses povos, seus costumes, crenças, usos e tradições, não se restringindo apenas à análise teórica dos elementos do direito positivo, mas fundamentada na necessidade do direito levar em conta as necessidades dessas sociedades, pois este varia de acordo com as condições sociais e culturais de cada povo<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Líder Xucuru é assassinado em Pernambuco em 20/05/1998. Morte de Carlito Cinta-Larga continua sem investigação e seus assassinos impunes. Galdino, índio Pataxó é morto em Brasília.

<sup>10</sup> Ação Popular n.º 999420000014-7/RR, impetrada em 1999 por advogados roraimenses e, em 2003, o Juiz admitiu como terceiros interessados, os deputados Luciano Castro (PL-RR) e Suely Campos (PP-RR), o senador Mozarildo Cavalcanti (PPS-RR) e o índio Caetano Raposo.

<sup>11</sup> Aristóteles diz que: o Direito não é como o fogo, que arde do mesmo modo na Pérsia e na Grécia. A crepitação do Direito varia não só com a lenha que se põe no fogo do convívio humano, como também como o modo de fazê-lo e alimentá-lo. As labaredas, o braseiro e a fumaça apresentam, à sua vez, configuração e coloridos diferentes, variando com as condições históricas, sociológicas e culturais de cada povo. Aristóteles – Vida e Obra. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996, pág. 95.

Por outro lado, dar-se-á enfoque também à interpretação e hermenêutica jurídica<sup>12</sup>, tanto do dispositivo constitucional que se encontra no art. 231, § 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que proíbe a remoção dos povos indígenas de suas terras, exceto, de forma taxativa, nos casos de epidemia, catástrofe e soberania nacional, porém condicionada ao *ad referendum* do Congresso Nacional, e que, cessado o risco, os povos indígenas devem retornar ao seu território. Faz também a discussão e análise da Lei 6001 de 1973 (Estatuto do Índio), no tocante à propriedade das terras indígenas, e do Projeto de Lei que se encontra em tramitação no Congresso Nacional desde 1991, intitulado Estatuto das Sociedades Indígenas, suas mudanças em relação à Lei 6001/73, e por fim, o Decreto 1775/96, que trata do processo administrativo de demarcação das terras indígenas.

Este trabalho demonstrará que, no processo demarcatório de terras indígenas pelo Poder Público, reduzir significa remover de forma forçada os povos indígenas de suas terras. A análise se dará sob o ponto de vista jurídico-positivo constitucional, através de levantamentos, análises e interpretações feitas à luz dos textos e princípios hermenêuticos constitucionais, fazendo incursões por temas como: terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, conceito de propriedade, não apenas na visão do direito ocidental, mas buscando compreensão do valor do bem terra no contexto da cultura indígena, o reconhecimento do direito à diversidade cultural, o relacionamento da cultura indígena com os conceitos de territorialidade e proteção ao meio ambiente.

A questão das terras indígenas, quanto à sua propriedade e demarcação pelo Poder Público, tem grande relevância para o direito, por estar intimamente ligada aos direitos humanos, um dos pilares da democracia e do estado democrático de direito. Faz também parte de questões importantes como a ampliação e mudança do conceito de propriedade, em vista do problema da natureza dos direitos coletivos. A proteção ao meio ambiente, bem este que se

---

<sup>12</sup> FREIDE, Reis. Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

insere na condição de direito difuso, trouxe uma grande perspectiva de avanço no exercício destes direitos, estando ainda bastante aquém das necessidades geradas pelas demandas sociais indígenas, tendo em vista que, embora com alguns pontos de contato, os direitos dos povos indígenas são coletivos, mas não difusos. Quanto à questão da demarcação das terras indígenas, cumpre lembrar que se trata, ou deveria se tratar, de mero processo administrativo, que tem por finalidade delimitar os parâmetros da responsabilidade da União em proteger e fazer respeitar os bens pertencentes aos povos indígenas.

Os objetivos deste trabalho são:

Demonstrar a inconstitucionalidade da redução de terras indígenas no processo demarcatório, por ferir frontalmente o dispositivo constante no art. 231<sup>13</sup>, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por não ser feita no referido parágrafo, nenhuma alusão ao processo demarcatório como uma das condições taxativamente enumeradas que permitam a remoção desses povos de suas terras. A remoção fica caracterizada, pois a extensão das terras indígenas é definida não pela demarcação, mas sim pelas condições enumeradas no art. 231, § 1º, que são: a habitação em caráter permanente, a

---

<sup>13</sup> Art. 231 São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças 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 e por eles **habitadas em caráter permanente**, as utilizadas para suas **atividades permanentes**, as imprescindíveis à **preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar** e as necessárias a sua **reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições**. (grifos nossos)

§ 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 nela existentes. (grifos nossos)

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com **autorização do Congresso Nacional**, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação no resultado 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. (grifo nosso)

§ 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 nela existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção de 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.

utilização para suas atividades produtivas, a imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar, e as necessárias à sua reprodução física e cultural, só que todas essas condições entendidas não dentro dos conceitos emanados pela cultura ocidental, mas sim, como dita o preceito constitucional que se encontra no mesmo parágrafo, de acordo com os usos, costumes e tradições das culturas indígenas, com respeito aos parâmetros ditados por cada cultura, respeitando-se a sua diversidade cultural. A propriedade das terras indígenas é da União, segundo art. 20, inciso XI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo a sua definição e garantia de posse permanente e usufruto exclusivo assegurado na mesma constituição no seu art. 231, §§ 1º e 2º respectivamente;

Identificar os fundamentos jurídicos, sociais e culturais da demarcação das terras indígenas pelo Poder Público, à luz do direito, com um diálogo interdisciplinar com outras ciências como antropologia, sociologia, ecologia, política, filosofia, hermenêutica, economia e história, na busca de uma interpretação da constituição e do decreto 1775/96, além de outras, de forma a conseguir uma correta aplicação das normas e preceitos, dentro dos parâmetros da segurança, justiça e bem comum plural, pois não existe nenhuma alusão nos normativos, dando ao processo demarcatório função que não seja a de instrumento administrativo que visa exclusivamente dotar a União das condições necessárias para assegurar a sua obrigação constitucional de proteger e fazer respeitar os bens de posse permanente e usufruto exclusivo dos povos indígenas. Assim sendo, a tradicionalidade da ocupação das terras indígenas está vinculada à habitação em caráter permanente, às suas atividades produtivas, à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar, na reprodução física e cultural, segundo usos, costumes e tradições, o que deixa claro, que o processo demarcatório não deve ter o condão de reconhecer ou constituir as terras indígenas. Como preceitua o art. 231, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que determina a existência e extensão das terras indígenas, são os parâmetros anteriormente expostos, encontrados no texto

constitucional de forma taxativa, no diálogo com os povos indígenas, também estando nela definidos os procedimentos para configuração dos mesmos, quais sejam, intimamente ligados aos usos, costumes e tradições desses povos;

Analisar a regulação jurídica do que é terra tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas, o seu direito originário, a relação com sua convivência social, sua forma de utilização econômica, bem como a repercussão desta no mundo não-índio, enfocando a formação/preservação dos costumes, crenças, tradições, mitos e o valor sociocultural da terra para esses povos.

A tradicionalidade da ocupação das terras pelos índios não se baseia na imemorialidade da ocupação; não se revela aí uma relação temporal, refere-se sim ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras, enfim, ao modo como se relacionam com a terra, daí o motivo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dizer que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições.<sup>14</sup>

No mesmo sentido se posiciona Paulo de Bessa Antunes, afirmando que podem ou não estar nessa condição; o que é imprescindível destacar é que as mesmas sejam essenciais ao modo indígena de viver. Não se cogita a temporalidade neste conceito.<sup>15</sup>

A questão da inconstitucionalidade da redução de terras indígenas já faz parte de debates acadêmicos e judiciais há bastante tempo. O que se traz de novo nesta pesquisa é o argumento que virá comprovar que a redução das terras indígenas no processo demarcatório caracteriza remoção forçada e, portanto, não estando presente tal hipótese no rol taxativo de situações previstas no art. 231, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a mesma é inconstitucional.

A violação/vulnerabilidade das terras indígenas está também intimamente ligada a questões como extrativismo de madeira nobre e metais preciosos de forma ilegal, degradação

---

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In. Direitos indígenas e a constituição. Porto Alegre: NDI, 1993.

<sup>15</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004, pág. 1051.

do *habitat* natural imprescindível à sua sobrevivência física e cultural, violências por meio da violação de direitos fundamentais, direitos humanos, todas praticadas por grupos sociais pertencentes a populações do entorno, algumas indústrias madeireiras, alguns empresários agrícolas, fatos esses com estreita repercussão na preservação do meio ambiente, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 225, *caput*, prescreve:

Art. 225 Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, **bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida**, impondo-se ao **Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo** para as presentes e futuras gerações.<sup>16</sup>

Ainda no *caput* deste artigo, juntamente com o disposto no art. 231, *caput* e § 3º, estão definidos os responsáveis pela proteção, respeito e controle das terras indígenas, quais sejam: o Poder Público, a coletividade, e a União, bem como a competência exclusiva do Congresso Nacional, mediante a observância dos textos legais, além de ouvidas as comunidades indígenas afetadas, para autorizar o aproveitamento dos recursos naturais existentes nessas terras.

O processo de demarcação das terras indígenas pelo Poder Público envolve complexa atividade interdisciplinar; tanto assim o é, que o decreto 1775/96 estabelece em seu art. 2º e § 1º, que os trabalhos serão desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará estudo antropológico de identificação, que coordenará grupo técnico especializado com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e levantamento fundiário necessário à delimitação.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> MEDUAR, Odete (Org.). Coletânea de legislação de Direito Ambiental – Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 131.

<sup>17</sup> João Pacheco de Oliveira, então Presidente da Associação Brasileira de Antropologia, em seu artigo “Revisão de terras indígenas” publicado na Revista Ciência Hoje n.º 119, vol. 20, págs. 48 a 53, discutia a inconstitucionalidade do Decreto 1775/96 por estabelecer o contraditório retroativo às demarcações já finalizadas e homologadas pelo Presidente da República, o que fez com que à época da entrada em vigor do mesmo, 344 das 544 terras indígenas já homologadas, tivessem pedido de revisão, na maioria das vezes por posseiros e invasores. Outra questão destacada por este profissional, é a máxima importância dada pelo Decreto 1775/96 à regularização fundiária, o que distorce a visão sobre demarcação de terras indígenas, que além do

O art. 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevê o princípio do contraditório; este princípio, em conjunto com o do devido processo legal que se encontra no mesmo art. 5º, inciso LIV, é uma exigência para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja, e a necessidade de que a Administração Pública atinja de forma gravosa a qualquer sujeito que lhe ofereça o contraditório, estando aí incluso o direito a recorrer das decisões tomadas.<sup>18</sup>

Sabe-se que o contraditório é um dos instrumentos mais democráticos do estado de direito, porém seu uso requer regulação para que não se torne instrumento de empecilho e protelatório da decisão, seja ela administrativa ou judicial. Por este motivo, o processo estabelece os momentos em que o mesmo deve ser utilizado, de forma a garantir o direito constitucional estabelecido no art. 5º, inciso LV, de que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Depois de homologada pelo Presidente da República a demarcação das terras indígenas, entendemos existir um ato jurídico perfeito, o que segundo o art. 6º, do Decreto 4657/42<sup>19</sup>, deve ser respeitado por lei que entre em vigor, e desta forma, no caso em epígrafe, o contraditório tem exclusivamente uma função protelatória, pois não tem o condão de modificar o ato jurídico perfeito.

A questão da demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol em Roraima, e o conflito entre garimpeiros e os índios Cinta Larga da reserva Roosevelt em Rondônia, constituem casos que serão abordados e analisados nesta dissertação.<sup>20</sup>

---

aspecto fundiário envolvem outros de tão grande importância como os sociais e políticos, o que a seu ver torna inadequado o Decreto 1775/96 enquanto instrumento de política indigenista.

<sup>18</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 105.

<sup>19</sup> BRASIL, Leis e documentos. Lei de Introdução do Código Civil.

<sup>20</sup> Essas questões foram discutidas em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados em 05 de abril de 2004. No tocante à demarcação das Terras Indígenas, é importante destacar a inconstitucionalidade da redução das mesmas, como no caso da Raposa Serra do Sol, pois como sustenta Dalmo de Abreu Dallari, há inadequação do Decreto 1775/96, sendo a maioria das escrituras apresentadas pelos supostos proprietários falsas, o que não deve levar ao desrespeito ao direito dos índios sobre suas terras. Deborah Macedo Duprat argumenta que o isolamento das tribos Macuxi, Wapichana, Ingarinkó, Taurepang e Pantamona, que habitam a terra indígena Raposa Serra do Sol, poderá levar ao genocídio dessas populações.

A questão da homologação da terra indígena Raposa Serra do Sol em Roraima, se arrastou por vários anos, e depois do decreto 1775/96, com a abertura da possibilidade do exercício do contraditório retroativo, tornou cada vez mais demorado o seu desfecho, em razão de uma avalanche de ações que tramitaram na Justiça Federal daquele Estado<sup>21</sup>, existindo vários recursos e mandados de segurança impetrados no Supremo Tribunal Federal.

A reivindicação histórica dos índios pela demarcação de suas terras, não traz em si uma necessidade meramente econômica, embora sejam espaços onde se encontram de certa maneira confinados<sup>22</sup>.

Não têm espaço para exercer sua indianidade fora dele, e é por este motivo vital, pois a falta deste espaço os levará ao aniquilamento enquanto cultura, e já que cultura é uma coisa construída, inculcada e não biologicamente dada, pode ser perdida. Inventou-se o conceito de aculturação e com ele foi possível pensar na perda da diversidade cultural e em cadinhos de raças e culturas.<sup>23</sup>

Os povos indígenas sofrem desde o processo de colonização pelos povos europeus, todo tipo de preconceito, racismo, segregação, que são fenômenos que implicam em um alto grau de violência<sup>24</sup>, o que se pode constatar a cada dia em casos como o do índio Pataxó queimado vivo em Brasília.

A terra para os povos indígenas, não é apenas um meio de subsistência, é o esteio de sua vida social e cultural, é nela e a partir dela que desenvolve todo o seu sistema de conhecimentos, que conceituamos como tradicionais. É a partir deste espaço, que se desenvolvem suas crenças, mitos, e é por este motivo que se pode dizer que não se

---

<sup>21</sup> BRASIL, Leis e documentos. Ação Popular n.º 9994200000014-7/RR, impetrada por advogados roraimenses e, em 2003, o Juiz admitiu como terceiros interessados, os deputados Luciano Castro (PL-RR) e Suely Campos (PP-RR), o senador Mozarildo Cavalcanti (PPS-RR) e o Índio Caetano Raposo. Dando o juiz Helder Girão, decisão favorável à redução das terras já demarcadas, foi impetrado recurso junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que teve como relatora a desembargadora Selene Maria de Almeida, que além de manter a decisão da 1ª instância, ampliou a redução excluindo toda faixa de 150 km referente à fronteira com a Venezuela e a Guiana. (notícias socioambientais do ISA de 24/05/2004).

<sup>22</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004, pág. 1048.

<sup>23</sup> CUNHA, Maria Manuela Carneiro da. Antropologia do Brasil: mito, história, etnicidade. São Paulo: Edusp, 1986, pág. 98.

<sup>24</sup> JELIN, Elizabeth. Cidadania e alteridade: o reconhecimento da pluralidade. In. Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, n.º 24, pág. 17.

trata apenas de um recurso natural, econômico, de mercado, mas sim um recurso sociocultural.<sup>25</sup>

A imperiosa consciência da necessidade de respeito à diversidade cultural dos povos remonta séculos. A cada dia são lembrados estudos clássicos sobre o tema, e outros são trazidos ao meio científico e intelectual, como forma de demonstrar que a diferença não pode ser vista como sinônimo de bárbaro, primitivo, inferior.

A crença de que a raça é um critério definidor da diversidade cultural permanece viva ainda em nossos dias, e interfere no discurso e nas representações dos chamados grupos minoritários (índios, negros, gays), como se a posse de alguns elementos culturais dentro do quadro de valores ocidentais servisse para medir o grau de civilidade e humanidade de pessoas, não existindo nem uma coisa nem outra se estiverem fora deste contexto.<sup>26</sup>

Segundo Fernando Dantas:

Os períodos históricos brasileiros da Colônia à República demonstram que os interesses econômicos responsáveis pela definição dos modelos de ocupação, que foram calcados na exploração dos recursos naturais e pela propriedade privada, mostram que a subjugação dos povos indígenas teve como objetivo principal, destruir suas culturas e sociedades por meio da espoliação patrimonial, extermínio, escravização, a invisibilidade e ineficácia das normas de reconhecimento, apesar de toda resistência por parte dos mesmos, de forma diferente do que se ouve no discurso nacionalista da comunhão das raças.<sup>27</sup>

Esta dissertação procurará demonstrar a partir do texto constitucional que o bem terra, sua posse e usufruto exclusivo pelos povos indígenas, não deve ser visto, analisado e interpretado somente à luz das regras e princípios do direito ocidental, mas que assim como fez o próprio texto constitucional, considerar a diversidade cultural desses povos, tendo em

---

<sup>25</sup> RAMOS, Alcida Rita. *Sociedades indígenas*. São Paulo: Ática, 1986, pág. 53.

<sup>26</sup> LEVI-STRAUSS, C. *Raça e história*. In. *Antropologia Estrutural II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, pág. 345.

<sup>27</sup> DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. *O sujeito diferenciado: noção de pessoa indígena no direito brasileiro*. Dissertação de Mestrado, CPGD/UFPR, 1999.

conta que suas terras são essenciais ao seu modo de ser e viver, com a participação dos povos indígenas.

A linha mestra que guiará os rumos desta dissertação é a demonstração de que reduzir terras indígenas no processo demarcatório significa removê-los de suas terras, e que não estando no rol das situações taxativamente previstas no art. 231, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, torna a redução inconstitucional, por ficar caracterizada à remoção do povo ou grupo de uma terra que lhe pertence. A questão é de tão grande relevância, que outros diplomas legais, inclusive alguns ainda em fase de projeto de lei, como é o caso do Estatuto das Sociedades Indígenas<sup>28</sup>, tramitando no Congresso Nacional desde 1981, discutem a matéria. Em seu texto, o Estatuto das Sociedades Indígenas prevê o caso de remoção forçada, dando à mesma a conotação de ilícito penal, impondo penas que podem ser de detenção de 20 a 30 anos na modalidade dolosa, e de 3 a 12 anos na modalidade culposa.

O tema será abordado através de levantamentos, análises e interpretações feitas à luz dos textos e princípios constitucionais, sendo necessária à incursão por temas e problemas como o conceito e regulação jurídica do que são terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, que buscará compreender o valor do bem terra no contexto da cultura e costumes indígenas, reconhecendo seu direito à diversidade cultural, incluso aí seus valores, crenças, mitos, formas de organização e convivência social, seu relacionamento com a territorialidade.<sup>29</sup>

Durante o desenvolvimento desta dissertação buscar-se-ão as observâncias das relações entre o sujeito indígena e suas terras, sua cultura, e sua sobrevivência física e cultural.

---

<sup>28</sup> BRASIL, Leis e documentos. São os Projetos de Lei nº. 2057/91, 2160/91 e 2619/92, em tramitação no Congresso Nacional.

<sup>29</sup> Pode ser definida como um comportamento humano espacial. Uma expressão de poder que não é nem instintiva, nem agressiva, apenas se constitui em uma estratégia humana para afetar, influenciar e controlar os usos sociais do espaço, abarcando escalas que vão do nível individual ao quadro internacional, dentro de um contexto usualmente denominado território. LITTLE, Paul E. Territórios sociais e os povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. Série Antropológica 322. Brasília: DAN/UNB, 2002, pág. 12.

O primeiro capítulo fará um breve histórico das relações dos povos indígenas com a sociedade e o Estado brasileiro; abranger-se-á questões como o tratamento dado às terras indígenas nas constituições brasileiras, a discussão sobre os conceitos de propriedade para a civilização ocidental e se existe este conceito na cultura indígena<sup>30</sup>, ou algo similar, suas relações com as populações evolventes.

Considerar-se-á uma abordagem interdisciplinar que passará pelo direito, antropologia, sociologia, política, ecologia, economia, filosofia e outras ciências, na busca da determinação da importância do bem terra para a formação de seus costumes, crenças, tradições e mitos desses povos, o seu direito a ser diferente, verificando os conceitos e preceitos a respeito dos mesmos, tanto nas constituições quanto no ordenamento jurídico brasileiro.

Descrever-se-á a questão da territorialidade como um comportamento humano social<sup>31</sup>, se fará a identificação das sociedades indígenas pelos usos sociais de seus espaços, o que se denomina de propriedade sociocultural da terra.<sup>32</sup>

Serão discutidas à luz dos textos constitucionais questões como a propriedade, posse, usufruto e garantias das terras indígenas, e suas repercussões tanto nas sociedades indígenas quanto nas não-indígenas.

No segundo capítulo, analisar-se-á a demarcação de terras indígenas, à luz do texto constitucional, com base nos modos de interpretação e hermenêutica constitucional, como

---

<sup>30</sup> “Uma maneira de colocar a questão é indagar sobre a substância da etnicidade, substância que já foi pensada em termos biológicos, quando se falava de raças e de sua heterogeneidade. A noção de cultura veio substituir-se à de raça, dentro de um movimento que se quis generoso, e que certamente o foi. E já que a cultura era adquirida, inculcada e não biologicamente dada, também podia ser perdida. A cultura é a unidade e origem, uma propriedade substancial dos grupos étnicos.” CUNHA, Maria Manuela Carneiro da. *Antropologia do Brasil: mito, história, etnicidade*. São Paulo: Edusp, 1986, pág. 98.

<sup>31</sup> “O fato de que um território surge diretamente das condutas de territorialidade de um grupo social implica que qualquer território é um produto histórico de processos sociais e políticos. Para analisar o território de qualquer grupo, portanto, precisa-se de uma abordagem histórica que trata do contexto específico em que surgiu e dos contextos em que foi defendido ou reafirmado.” LITTLE, Paul E. *Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade*. Série Antropológica, 322. DAN/Universidade de Brasília/2002, pág. 17.

<sup>32</sup> “Para os povos indígenas, a terra é muito mais do que simples meio de subsistência. Ela representa o suporte da vida social e está diretamente ligada ao sistema de crenças e conhecimentos. Não apenas um recurso natural – e tão importante quanto este – é um recurso sociocultural.” RAMOS, Alcida Rita. *Sociedades Indígenas*. São Paulo: Ática, 1986, pág. 53.

forma de delimitação do alcance do decreto 1775/96. Far-se-á um estudo e análise do texto legal que regula o processo de demarcação.

O terceiro capítulo constitui o objeto sobre o qual se refletirá e se desenvolverá a presente dissertação, fruto de diversas leituras mencionadas nas referências, para que se possam formular pensamentos com bases teóricas que levaram à conclusão, onde se pretende demonstrar que a redução das terras indígenas no processo demarcatório é inconstitucional por caracterizar a remoção não permitida, como dispõe o art. 231, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A partir dos estudos sobre a Hermenêutica Constitucional e emancipatória, que terá por base os métodos de interpretação histórico, científico, literal, sistêmico e teleológico, buscando uma interpretação que se coadune com a realidade fática, e a vontade do legislador constituinte, passando pela questão da aplicabilidade das normas constitucionais, sua interpretação e aplicação pelo judiciário, para por meio desta discussão concluir pela inconstitucionalidade da redução das terras indígenas no processo demarcatório, fazendo-se uma correta interpretação do disposto no art. 231, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A hermenêutica constitucional tem que levantar todas as possíveis interpretações que a norma examinada comporta, não se permitindo neste caso o alargamento ou restrição do sentido do texto constitucional, como forma de tornar a norma em exame compatível com a Carta Magna.<sup>33</sup>

No quarto capítulo se trabalhará a questão da terra indígena como espaço necessário ao desenvolvimento de suas relações enquanto sujeito cultural, sua sobrevivência física, sua relação com o aproveitamento e conservação das riquezas naturais, inclusive a biodiversidade. A relação dos espaços com o direito originário que, como tal, existe anterior à constituição do próprio Estado brasileiro, e assim sendo independe do processo demarcatório para comprovação de sua existência, dependente sim da tradicionalidade da utilização destas áreas de acordo com os costumes, mitos, crenças, formas de organização e convivência social desses povos, logo a redução de terras neste processo significa remoção, e como não elencado nas situações taxativamente previstas no texto constitucional, é contrária a ele, o que a torna inconstitucional.

---

<sup>33</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, pág. 174.

# **Capítulo I – As terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas e sua regulação jurídica**

## **1 Breve esboço histórico**

Antes de trabalharmos o tema “terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas e sua regulação jurídica”, precisamos tecer alguns comentários e conceitos sobre quem são os primeiros habitantes do Brasil.

É mais completa a definição formulada por Maria Manuela Carneiro da Cunha, uma vez que a mesma primeiro conceitua o que são comunidades indígenas, para depois conceituar o que é ser índio, isto em decorrência de que, segundo a autora, “não há como definir índio senão em função da comunidade indígena”, e o faz da seguinte forma:

Comunidades indígenas são aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude de uma consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas; assim, índio é quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro<sup>34</sup>.

A completude reside no fato de se considerar o autoreconhecimento; o indivíduo é pertencente a uma comunidade, e por ela reconhecido, sem vinculação específica com os

---

<sup>34</sup> CARNEIRO DA CUNHA, Maria Manuela. Definições de Índios e Comunidades Indígenas nos textos legais. In. SANTOS, Silvio Coelho dos; WERNER, Denis; BLOMER, Neusa Sens e NACKE, Anelise (Orgs.). Sociedades Indígenas e o Direito. Uma questão de Direitos Humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985, pág. 42.

grupos étnicos e características culturais das sociedades pré-colombianas, como únicos diferenciadores da sociedade nacional, o que deixaria de fora da condição de índios aqueles indivíduos e seus descendentes já aculturados pelo processo da integração.

De outra parte, encontramos a definição legal de índio no artigo 3º, da Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), que diz: *“é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”*.

Na definição legal, datada de 1973, onde ainda prevalecia o princípio da integração dos índios à comunidade nacional, observa-se que se trata de uma definição de índio como condição provisória, o mesmo perdendo essa condição tão logo seja concluída a integração, passando assim à condição de nacionais.

Antonio Fernando de Carvalho Dantas informa que:

Maria Manuela Carneiro da Cunha aponta alguns erros e contradições existentes na definição de índio encontrada na Lei 6001/73, dentre elas o fato de tomar a cultura como sendo estática, objetivada e caracterizadora de um grupo étnico, quando a mesma afirma que ocorre o inverso; a etnicidade é que dá contornos à cultura. Na sua concepção, a cultura é um conjunto complexo de práticas sociais, relacionadas com a língua, a religião, os ritos, a produção material, que, em sua dinâmica, são continuamente recriadas. Isto porque a cultura, enquanto elemento de diferenciação, é muito mais abrangente que a identidade étnica, que é privilegiada pela lei 6001/73<sup>35</sup>.

Além disto, o requisito utilizado pela Lei 6001/73 para definir índio merece crítica de Manuela Carneiro da Cunha, que diz:

A ascendência pré-colombiana merece crítica em razão de que, pelo critério biológico, seria impossível a comprovação do pertencimento do indivíduo a essa

---

<sup>35</sup> DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. O sujeito diferenciado: noção de pessoa indígena no direito brasileiro. Dissertação de Mestrado, CPGD/UFPR, 1999.

ascendência pelo longo processo de miscigenação a que os índios foram submetidos<sup>36</sup>.

Segundo Júlio Cezar Melatti:

A palavra índio traz em si uma inconsistência, pois nenhuma relação pode ser feita entre a origem desses povos e os povos de origem no continente indiano, além de ser um termo redutor da diversidade, pois os povos indígenas apresentam-se diferenciados entre si nos aspectos biológicos, lingüísticos e culturais<sup>37</sup>.

A Europa tomou o mediterrâneo como eixo, a partir do qual passou a tentar construir uma história universal e, levando em conta o eurocentrismo, obviamente deixou de fora dessa história tanto a América quanto a África.

Para Enrique Dussel:

A civilização européia, com sua visão de superioridade (eurocentrismo), exerceu sobre as outras culturas formas de dominação através de diversos atos de violência física e moral, porém tudo em nome de uma obra civilizadora e modernizadora, uma ação pedagógica<sup>38</sup>.

A partir desta condição, Enrique Dussel propõe uma reconstrução histórica e arqueológica que seja aceitável e que venha a corrigir esse desvio eurocentrista<sup>39</sup>. Na proposta de Dussel, a América tem um lugar na história anterior ao seu descobrimento, retrocedendo ao momento das grandes ondas migratórias em que foi inventada a agricultura e a revolução

---

<sup>36</sup> CARNEIRO DACUNHA, Maria Manuela. Definições de Índios e Comunidades Indígenas nos textos legais. In. SANTOS, Silvio Coelho dos; WERNER, Denis; BLOMER, Neusa Sens e NACKE, Anelise (Orgs.). Sociedades Indígenas e o Direito. Uma questão de Direitos Humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985, págs. 33-34.

<sup>37</sup> MELATTI, Julio Cezar. Índios do Brasil. São Paulo: Hucitec, 1980, pág. 31.

<sup>38</sup> Segundo Enrique Dussel, filósofo argentino naturalizado mexicano: "Sendo a cultura européia (...) uma civilização superior às outras culturas: a dominação que a Europa exerce sobre as outras culturas é uma ação pedagógica ou uma violência necessária e é justificada por ser uma obra civilizadora ou modernizadora; o conquistador europeu não é só inocente, como meritório quando exerce tal ação pedagógica ou violência necessária". (Mito da Modernidade) DUSSEL, Enrique. 1942: O encobrimento do outro. Petrópolis: Vozes, 1993, pág. 78.

<sup>39</sup> Idem, Ibidem págs. 84-85.

urbana, a chamada revolução neolítica; a América é um dos pilares culturais da história universal<sup>40</sup>.

Alguns pesquisadores, dentre eles Anna Roosevelt<sup>41</sup>, sustentam que na era Cenozóica, no período Quartenário, no final da época do Pleistoceno, já existia ocupação da América do Sul, especificamente na região Amazônica, por caçadores-coletores espalhados por áreas de várzea e de terra firme. Ainda na mesma era, porém na época denominada Holoceno, na área de várzeas, há referências de ocupação sedentária, que se evidenciaram na constatação da prática de horticultura e da produção de cerâmica<sup>42</sup>.

Dussel informa que:

No período mais ou menos até 5000 a.C. os índios eram nômades, pescadores, caçadores e coletores; entre 5000 e 2000 a.C. permanecem nômades, recolhem plantas naturais e necessitam de grandes espaços para sobreviver, e assim permanecem até serem quase extintos com a colonização européia<sup>43</sup>.

Existem diversas teorias a respeito das estimativas demográficas da Amazônia. Segundo William Denevan, etno-historiador, em 1977 se sustentou que no território brasileiro viviam 6,8 milhões de habitantes, e só na bacia Amazônica 3.365.000, antes da chegada do conquistador europeu, tendo ocorrido uma verdadeira catástrofe demográfica no que diz respeito às populações indígenas após sua chegada; já na ótica de Betty Meggers, a cifra utilizada por William Denevan seria irreal, em razão de que a Amazônia possuiria um ecossistema frágil que não suportaria e ainda imporiam limites ao desenvolvimento de grandes populações, daí a mesma haver afirmado que o número de habitantes nunca teria ultrapassado

---

<sup>40</sup> Segundo Dussel, em aproximadamente 1700 a.C. os protopolinésios se lançaram ao grande Oceano Pacífico alcançando a Melanésia (Nova Guiné), Samoa, Havaí, Ilhas Marquesas, entre outras ao Sudeste, com as correntes marítimas permitindo a navegação até as costas do Chile e Peru. 1942: O encobrimento do outro. Petrópolis: Vozes, 1993, pág. 96.

<sup>41</sup> Arqueóloga, pesquisadora Norte Americana chefiou a equipe internacional que escavou a Caverna da Pedra Pintada e mais 14 sítios arqueológicos da região, tendo concluído que o primeiro homem do Continente Americano era brasileiro, e viveu a 11200 anos em um conjunto de cavernas nas serras de Ererê e Paytuna, a 45 km de Monte Alegre no Pará. Artigo publicado na Revista Isto é ciência nº. 1386, de 24 de abril de 1996, págs. 98-103.

<sup>42</sup> PONTES FILHO, Raimundo Pereira. Estudos de História do Amazonas. Manaus: Valer, 2000, pág. 29.

<sup>43</sup> DUSSEL, Enrique. 1942: O encobrimento do outro. Petrópolis: Vozes, 1993, pág. 97.

2 milhões. Sempre variando na casa dos milhões de habitantes, existem outras posições como a de Roberto Carneiro, John Hemming, apenas para citar a título ilustrativo<sup>44</sup>.

Relatos antigos desses processos são encontrados em escritos de cronistas como Cônego Manoel Teixeira, vigário de Belém, e dão conta de que várias nações indígenas desaparecerão, ou por destribalização que os dizimou culturalmente, integrando-os à cultura dos não-índios, ou extinção física em decorrência de maus tratos e doenças trazidas pelos colonizadores<sup>45</sup>.

Nas palavras de Altmann e Zwestsch:

Antes da colonização esses povos viviam, e alguns ainda vivem, em grandes povoados, divididos em estratos sociais, com um modo de vida próprio diferenciado da chamada “Cultura Ocidental”; os meios de subsistência eram repartidos entre todos os membros da aldeia. Os povos indígenas distribuíam as atividades de trabalho, segundo idade e o sexo, e conseguiam dessa forma aproveitar o seu dia, também com o lazer e a família, pois não precisavam trabalhar oito horas por dia e ter as preocupações do homem moderno<sup>46</sup>.

Alcida Rita Ramos bem coloca que:

O produto do trabalho indígena pode ser individual ou familiar, o acesso ao resultado do mesmo é coletivo. A terra e os recursos naturais pertencem às comunidades, são utilizados por todos, não existindo escassez socialmente provocada dos recursos. Não existe nas sociedades indígenas o processo de acumulação de riquezas e bens como nas sociedades capitalistas, os índios produzem apenas o que necessitam para sobreviver; geralmente o excesso de produção, quando

---

<sup>44</sup> Idem, *Ibidem*, págs. 32-33

<sup>45</sup> FREIRE, José Ribamar (Org.) e outros. *A Amazônia Colonial (1616-1798)*. 4ª edição, Manaus: Metro Cúbico, 1991, pág. 22.

<sup>46</sup> Altmann e Zwestsch, que viveram entre o povo Suruí, dizem: “Tivemos muita dificuldade para encontrar a tradução Suruí para a palavra portuguesa “trabalho”. (...) Sempre nos perguntávamos por que não encontrávamos o termo equivalente. Mais tarde, um índio nos explicou que, na verdade, o suruí não tem essa palavra genérica porque “trabalho pra índio é diferente que pra civilizado”. (...) para suruí “trabalho” é algo que se encontra na esfera da liberdade de cada pessoa e nunca pode significar a alienação que pesa sobre ele na sociedade capitalista.” (SCHUBERT, Arlete Pinheiro. *A Soberania Ameríndia – Uma Antiga Ecosofia. Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação em Filosofia da Religião*. Espírito Santo: UFES, junho, 2001, pág. 17.).

ocorre, é doado a outras comunidades da mesma etnia ou de outra; vige entre os mesmos o princípio da solidariedade<sup>47</sup>.

A primeira notícia que se tem do reconhecimento da posse de terras indígenas no Brasil, data do início do século XVII, onde se constata que a legislação colonial reconhecia a existência dessas terras, de posse permanente e exclusiva dos índios<sup>48</sup>. A carta de 1611, embora reconhecesse o domínio dos povos indígenas sobre seus territórios, previa que tanto as fazendas quanto as áreas de Serra não lhes podiam ser tomadas, e não só isso, como também que não poderiam ser molestados ou sofrer injustiças, nem mudanças contra sua vontade. Pode-se dizer que já seria um embrião do que preceitua o parágrafo quinto do artigo 231 da Carta Magna brasileira no tocante à proibição da remoção. Já existia naquela época preocupação quanto à mudança forçada dos povos indígenas de suas terras como quebra de um direito às terras tradicionalmente ocupadas. Ainda na carta de 1611 criava-se a figura dos Capitães de Aldeia<sup>49</sup>, os quais tinham diversas tarefas sob sua responsabilidade como, por exemplo, as formas de recrutamento e escravização de mão-de-obra indígena, recrutamento esse que se dava de três formas: os descimentos, que eram expedições realizadas com o objetivo de convencer os índios a irem às aldeias de repartição, onde eram distribuídos entre os colonos, missionários e a Coroa Real; os resgates, que estabeleciam a troca de índios aprisionados em guerras intertribais por quinquilharias ofertadas pelos colonos e, finalmente,

---

<sup>47</sup> Diferentemente da ideologia capitalista, entre os índios não existe a figura da acumulação de riquezas, o índio produz unicamente aquilo que necessita e, havendo excedente, não se justifica o desperdício, pois não existe a lei da oferta e procura; assim, o excedente deve ser compartilhado com quem necessite. RAMOS, Alcida Rita. *Sociedades Indígenas*. São Paulo: Ática, 1986 págs.13-16.

<sup>48</sup> Maria Manuela Carneiro da Cunha mostra que as Cartas Régias de 30 de julho de 1609, e a de 10 de setembro de 1611, ambas expedidas por Felipe III, reconheciam o pleno domínio dos povos indígenas sobre seus territórios e sobre as terras que lhes são alocadas no aldeamento. Os direitos do índio. São Paulo: Brasiliense, 1987, pág. 58.

<sup>49</sup> BRASIL, *Leis e documentos*. Segundo a Lei de 10 de setembro de 1611, se estabelecia como forma de organização do trabalho indígena a nomeação de um morador colono de bons costumes, que era o representante direto da Coroa Portuguesa. PONTES FILHO, Raimundo Pereira. *Estudos de História do Amazonas*. Manaus: Valer, 2000, págs. 61-62.

as “guerras justas<sup>50</sup>”. Além disto, também competia aos mesmos fiscalizar o pagamento de salários aos índios, a fim de impedir que estes fossem enganados pelos colonos, representar e fazer cumprir as atribuições impostas pela Coroa Portuguesa à aldeia e atuar como juiz, civil e criminal, julgando e estabelecendo penas<sup>51</sup>.

A história do Amazonas na narrativa de Raimundo Pereira Pontes Filho diz:

Ainda no século XVII, os alvarás e atos governamentais dispunham sobre o direito dos povos indígenas à terra, ressalvando que deveriam ser determinadas áreas específicas para os mesmos, e desobrigando-os do pagamento de quaisquer tributos sobre estas. Vale ressaltar que estas normas legais emanadas da Coroa Portuguesa, nunca chegaram a ter efetiva aplicação, nem se foi capaz de arrefecer o ímpeto dos colonizadores, que se apossaram da maior quantidade possível de terras da colônia. Na ideologia do colonizador, os povos indígenas não passavam de um obstáculo ao seu projeto de colonização e esbulho, que necessitavam ser eliminados ou usados como escravos<sup>52</sup>.

A legislação colonial reconhecia aos povos indígenas o direito exclusivo das terras necessárias à sua sobrevivência; observe-se que a Carta Régia de 9 de março de 1718 reconheceu sua liberdade, isentando-os da jurisdição portuguesa, assim não podiam deles ser exigidos, nem ser obrigados a saírem de suas terras, impossibilitando-os dessa forma de exercerem seu modo de ser e viver<sup>53</sup>.

Neste período as chamadas “guerras justas<sup>54</sup>” eram travadas contra os povos indígenas, e fundamentavam a subtração das terras do domínio destes.

Raimundo Pereira Pontes Filho sobre este assunto diz que:

---

<sup>50</sup> Àquela época a recusa à conversão ao catolicismo, a prática de hostilidades ao colonizador e a quebra de pactos eram motivos suficientes para declaração de uma *guerra justa*, segundo a legislação dos colonizadores. A autorização para declarar as chamadas guerras justas contra os povos indígenas, foi dada pela Carta Régia de 5 de novembro de 1608. JÚNIOR, João Mendes. In. Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912, págs. 40-41.

<sup>51</sup> PONTES FILHO, Raimundo Pereira. Estudos de História do Amazonas. Manaus: Valer, 2000, págs. 59-63.

<sup>52</sup> Idem, Ibidem, pág. 64.

<sup>53</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004, pág. 1049.

<sup>54</sup> Ver nota 17.

Eram expedições militares que invadiam territórios indígenas, sendo realizadas para aprisionamento e envio destes para os mercados de escravos com a finalidade de serem vendidos aos colonos, o que provocou em curto espaço de tempo o extermínio de diversas culturas, através do extermínio físico desses povos<sup>55</sup>.

Àquela época, Bartolomé de las Casa destrói o mito da modernidade<sup>56</sup> ao mostrar que a violência não se justifica, em função de inexistir culpa dos indígenas<sup>57</sup>.

Só em 1850 é promulgada a Lei 601, denominada “Lei das Terras do Império”, sendo reservada para os índios uma parcela de terras já por eles ocupadas, só que sobre as mesmas não poderia haver contestação, ou seja, teriam que se enquadrar como devolutas, sem destinação ou utilização econômica, para só após isso serem registradas e destacadas do domínio particular ou das províncias.

Durante o transcorrer do século XIX a questão indígena continuou a ser debatida com avanços e retrocessos, sempre com vistas a uma conceituação do que seja terra indígena e a criação de mecanismos para a efetivação dos direitos dos índios sobre as mesmas, uma continuidade da discussão iniciada desde a época do Brasil - colônia.

Em 1910 foi criado o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), que surge como órgão responsável pela tentativa de pacificação entre sociedades indígenas e as sociedades civilizadas, sendo que essas lutas decorriam da tentativa de expulsão dos indígenas de suas terras, sendo as mesmas destinadas a colonos alemães e italianos, bem como a construção de estradas de ferro. Foi convidado para dirigir o órgão o Marechal Cândido Mariano Rondon, por seu destacado trabalho entre as sociedades indígenas, sem o uso da força. O Serviço de Proteção ao Índio adotou uma série de providências com vista à pacificação das sociedades indígenas; porém foi ineficiente a sua atuação enquanto responsável pela proteção dessas

---

<sup>55</sup> PONTES FILHO, Raimundo Pereira. Estudos de História do Amazonas. Manaus: Valer, 2000, pág. 69.

<sup>56</sup> Ver nota 5.

<sup>57</sup> Para esta “guerra ser justa” (ver nota 17) é preciso demonstrar (...) que a mereça o povo contra o qual se move a guerra, por alguma injúria que tenha feito ao povo que ataca. Mas o povo que vive em sua pátria separada dos limites dos cristãos..., não fez ao povo cristão nenhuma injúria pela qual mereça ser atacado com a guerra. Logo essa guerra é injusta.

sociedades. O Serviço de Proteção ao Índio, porém, não se limitou apenas a isto, teve o mérito de tentar implantar um novo tipo de política, que visava permitir às sociedades indígenas viver conforme a suas tradições, proibir o desmembramento de suas famílias, garantir a posse coletiva de suas terras em caráter inalienável, assegurar aos índios os mesmos direitos do cidadão comum<sup>58</sup>.

Em 1912, João Mendes Júnior em seus escritos dizia:

Terras de índio, congenitamente 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 sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há mais simples posse, há um título imediato de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado<sup>59</sup>.

Note-se que, já em 1912, João Mendes Júnior assumia uma posição quanto às terras indígenas, afirmando que não há simples posse, e sim um direito originário, congênito, anterior ao “descobrimento”, não necessitando desta forma ser legitimado, por legítimo já o ser, sendo necessário sim, ser reconhecido, pois já é existente, ou melhor, preexistente.

Em 1957 a questão indígena nos países independentes passa a fazer parte do cenário internacional. Em 5 de junho, em sua quadragésima sessão, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e reunida nessa cidade, aprova a Convenção intitulada “Convenção sobre as Populações Indígenas e Tribais, 1957” (Convenção 107 da OIT).

A Convenção 107 da OIT<sup>60</sup> retrata a ideologia da época, o princípio da integração, como já se pode ver a partir do disposto em seus considerandos, e mais adiante no artigo 3º, 2,

---

<sup>58</sup> INDÍGENAS. Povos. Disp. em <http://www.socioambiental.org/pib/portugues/direito/const.shtm>. Acesso em 24/05/2005.

<sup>59</sup> JÚNIOR, João Mendes. In. Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912, págs. 58-60.

<sup>60</sup> Convenção 107 da OIT. “Considerando que há nos diversos países independentes populações indígenas e outras populações tribais e semitribais que não se acham ainda integradas na comunidade nacional e que sua situação social, econômica e cultural lhes impede de se beneficiar plenamente dos direitos e vantagens de que

b, que retrata a condição de indígena como temporária. Em sua segunda parte, composta pelos artigos de 11 a 14, a Convenção trata das questões ligadas às terras indígenas, garantindo o direito de propriedade tanto individual quanto coletivo às terras tradicionalmente ocupadas (artigo 11); há necessidade de livre consentimento para que sejam deslocados de suas terras tradicionalmente ocupadas; novamente vê-se em uma lei a preocupação quanto à remoção dos povos indígenas de suas terras, bem como a garantia de recebimento de terras de igual qualidade, indenização em dinheiro em caso de remoção necessária, e perdas e danos (artigo 12).

Na Convenção, bem como na Legislação Ordinária do Brasil à época, não se encontra a definição do que vem a ser terras tradicionalmente ocupadas, bem como da instrumentalização e reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas, o que dificulta a aplicação da Convenção.

Este debate se intensifica com o fim da segunda grande guerra mundial, acelerando-se nos anos sessenta e setenta, quando o Brasil se encontrava sob o regime militar, em razão do avanço das expansões para o interior do Brasil, iniciando-se assim uma invasão das áreas ancestrais dos povos indígenas. A partir de então são iniciadas grandes mobilizações dos povos indígenas na defesa de seus direitos humanos e territoriais.

---

gozam outros elementos da população”. (...) “Artigo 3º da Convenção 107 da OIT – 1. [...]; 2. Serão tomadas providências para assegurar que tais medidas especiais de proteção: a) ...; b) não permaneçam em vigor além do tempo que perdurar a necessidade de proteção especial e na medida em que for necessária a proteção.”(...) “Artigo 11 da Convenção 107 da OIT – O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente”. “Artigo 12 da Convenção 107 da OIT – 1. As populações interessadas não deverão ser deslocadas de seus territórios habituais sem seu livre consentimento, a não ser de conformidade com a legislação nacional, por motivos que visem à segurança nacional, no interesse da saúde de tais populações; 2. Quando, em tais casos, se impuser um destacamento a título excepcional, os interessados receberão terras de qualidade ao menos igual às que ocupavam anteriormente e que lhes permitam satisfazer suas necessidades atuais e assegurar seu desenvolvimento futuro. Quando houver possibilidade de encontrar outra ocupação ou os interessados preferirem receber uma indenização em espécie ou em dinheiro, serão indenizados com a devida garantia”.

Em 1967 é extinto o Serviço de Proteção ao Índio e criada a FUNAI – Fundação Nacional do Índio<sup>61</sup>, motivada pelas dificuldades encontradas pelo órgão anterior em prestar assistência aos índios.

A Fundação Nacional do Índio retrata a ideologia da época, o princípio da integração; os índios eram considerados relativamente incapazes, criando uma relação de submissão e dependência, que retirava das sociedades indígenas a oportunidade de decidir sobre o seu destino, não permitindo a sua participação nas decisões a elas destinadas.

Em 1973 a promulgação da Lei 6001<sup>62</sup> de 19 de dezembro, elaborada dentro do ideal de integração, representa um retrocesso na legislação indigenista, pois extinguiu a tutela pública e remeteu a questão indígena para a tutela do direito privado, fazendo parte da ideologia desenvolvimentista que caracteriza as ações governamentais desse período<sup>63</sup>.

É nos anos 80 que ocorre no Brasil um grande avanço na legislação no que diz respeito aos direitos indígenas, mais precisamente nos anos de 1987 e 1988, com a instalação da Assembléia Nacional Constituinte e a promulgação em 5 de outubro de 1988 da Constituição da República Federativa do Brasil.

A Carta Magna brasileira retira de forma definitiva do ordenamento jurídico brasileiro a figura do princípio da integração, quando em seu artigo 231, *caput*, reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, dos povos indígenas, e o seu direito à diferença. Boaventura de Souza Santos salienta que a diferença é um pressuposto básico para o diálogo intercultural, porque “temos direito a sermos iguais quando a diferença nos faz inferiores, porém, temos o direito a sermos diferentes, quando a igualdade nos descaracteriza<sup>64</sup>”. O

---

<sup>61</sup>BRASIL, Leis e documentos. Lei 5371 de 05 de dezembro de 1967, publicada no Diário Oficial da União de 06 de dezembro de 1967.

<sup>62</sup>BRASIL, Leis e documentos. Lei 6001(Estatuto do Índio), de 19 de dezembro de 1973, publicada no Diário Oficial da União de 21 de dezembro de 1973.

<sup>63</sup>DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Humanismo Latino: o Estado brasileiro e a questão indígena. In: Humanismo Latino e o estado no Brasil. MEZZARROBA, Ordes (Org.). Florianópolis: Fundação Boiteux; [Treviso]: Fondazione Cassamarca, 2003.

<sup>64</sup>SANTOS, Boaventura de Souza. Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena. In: Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena. Bogotá: Anais do Primer Seminario Nacional

mesmo artigo assegura ainda o direito originário dos índios às terras tradicionalmente ocupadas, e dá a definição do que são terras tradicionalmente ocupadas no seu parágrafo primeiro.

A partir da Constituição Brasileira de 1988, são expedidos diversos decretos tratando dos mais diversos temas e problemas, aumentando de forma significativa a regulamentação de temas de suma importância para a sobrevivência física e cultural desses povos.<sup>65</sup>

Como se pôde observar no transcorrer deste breve histórico, a terra para os povos indígenas tem significado bastante diferente do significado adotado pela cultura ocidental, pois está diretamente ligada a sua história, seus mitos e sua cosmovisão.

No dizer de Frederico Marés:

A terra sempre foi um bem coletivo, generosamente oferecido pelos antepassados que descobriram seus segredos, e legado necessário aos herdeiros que o perpetuariam. A repartição haveria de ser dos frutos da terra, de tal forma que não faltasse ao necessitado nem sobejasse ao indivíduo. Às vezes, se haveria de domesticar uma planta ou um animal; às vezes, bastava cuidar da natureza que ela retribuía numa lógica inconsciente, mas quase perfeita. Não havia necessidade de Estado nem de teorias sobre propriedade privada, nem instrumentos que justificassem seu exercício, nem que os garantissem. Ao não haver um era escusada a existência do outro<sup>66</sup>.

Daí a preocupação constitucional em proibir, salvo situações taxativas bastante especiais, a retirada ou remoção dos povos indígenas de suas terras, em razão de sua fundamental importância para sobrevivência física e cultural desses povos, já que para os mesmos a terra não é apenas um espaço físico, mas um espaço de vida.

---

sobre jurisdición indígena y autonomía territorial, pág. 210. (Texto original: “[...] tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia nos hace inferiores, pero, tenemos el derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descarteriza”).

<sup>65</sup> Dentre a legislação infraconstitucional podemos citar o Decreto 22/91 substituído pelo Decreto 1175/96, que trata do processo administrativo de demarcação de terras indígenas; o Decreto 26/91 que trata da educação indígena no Brasil; Decreto 564/92 que estatui a Fundação Nacional do Índio; o Decreto 1141/94 que trata da proteção ambiental, saúde e apoio às atividades produtivas das comunidades indígenas; dentre outros.

<sup>66</sup> MARÉS, Carlos Frederico. A função social da terra. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, págs. 49-50.

## 2 Terras Indígenas e as Constituições Brasileiras

As primeiras Constituições brasileiras datam da época do Império; após a proclamação da Independência em setembro de 1822, temos a primeira Constituição brasileira promulgada em 1824, que não traz em seu texto nenhuma referência aos direitos dos povos indígenas. Em 1934, temos a promulgação de uma nova Constituição, esta, em seu texto, mais precisamente em seu artigo 11, parágrafo quinto, atribui competência às Assembléias Legislativas Provinciais e aos Governos Gerais para a catequese e a deflagração do processo civilizatório dos povos indígenas, bem como o estabelecimento de colônias.

Em 15 de novembro de 1889, acontece à proclamação da República, e em 1891 a promulgação da primeira Constituição Republicana, porém a mesma não faz nenhuma alusão aos direitos dos povos indígenas neste novo momento histórico brasileiro. Note-se que em nenhuma das Constituições do Império, e mesmo na primeira Constituição Republicana encontramos em seus textos nenhuma alusão à questão das terras indígenas.

A primeira Constituição Brasileira a tratar da questão das terras indígenas foi a de 1934, que em seu artigo 129 reconhecia a posse da terra nas quais se encontrassem permanentemente localizados<sup>67</sup>.

É de se observar que a política utilizada com os povos indígenas era integracionista e de tutela pela incapacidade; os índios eram considerados inferiores pelo ordenamento jurídico brasileiro. Eram considerados relativamente incapazes para certos atos, ou à maneira de exercê-los, estando sujeitos a um regime tutelar, estabelecido em Leis e Regulamentos especiais, e que cessaria à medida que fossem se integrando à civilização do País, o que se

---

<sup>67</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1934. “Art. 129 – Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedada à alienação das mesmas.”

justificava ante a histórica relação de conflitos e dominação, que levou os índios a serem quase dizimados.

A Constituição de 1937 repetiu o texto de 1934, com pequenas mudanças semânticas que não traziam nenhuma mudança na interpretação, no que se refere à posse das terras indígenas, o mesmo acontecendo com a Constituição de 1946. Neste período não houve nenhuma mudança significativa quanto ao tratamento jurídico e tutelar dispensado aos povos indígenas. O lema era a integração do índio à comunhão nacional, e com a ocorrência da mesma, estariam adaptados aos usos e costumes dos colonizadores, não mais necessitando do tratamento protecionista.

A política do Estado à época destas Constituições, em relação às terras indígenas, usava como fundamento o princípio da integração, por este motivo, o conceito de terra indígena deveria ser provisório, ou seja, a existência das mesmas estaria limitada à integração, pois com sua ocorrência, as terras estariam disponíveis como quaisquer outras, em razão de que os povos indígenas estariam vivendo de acordo com a noção de propriedade da cultura ocidental, embora na prática isto nunca tenha ocorrido.

A diversidade cultural dos povos indígenas na América Latina faz com que sejam também diversos os conceitos que dizem respeito aos seus territórios, pois estes se fundam em mitos e crenças, fazendo com que as ocupações se dêem de formas diferenciadas, não existindo assim o conceito unívoco nestas culturas a respeito do que sejam terras indígenas<sup>68</sup>.

A Constituição de 1967 trouxe uma mudança significativa; a propriedade das terras indígenas passou ao domínio da União, isto constando do seu artigo 4º, inciso IV, sendo esta uma tentativa de dar maior segurança às populações indígenas quanto à garantia da posse de suas terras. A posse, no entanto, continua nos moldes das Constituições anteriores. Outra

---

<sup>68</sup> POPULAÇÕES INDÍGENAS NO BRASIL. Os povos indígenas no Brasil, hoje, somam uma população de aproximada 370 mil pessoas, distribuídas em 220 etnias conhecidas, que falam em torno de 180 línguas diferentes e ocupam 583 terras indígenas. Disponível em <http://www.socioambiental.org/pib/portugues/quonqua/qoqindex.shtml>, acesso em 06/06/2006 às 11h50min.

novidade nessa mesma Constituição foi encontrada no artigo 186, que além de assegurar a posse de suas terras aos povos indígenas, também passa a reconhecer os direitos dessas populações ao usufruto exclusivo dos recursos e riquezas naturais nestas existentes<sup>69</sup>.

A Emenda Constitucional nº. 1 de 1969, de todas as Constituições editadas no País até então, foi aquela que mais espaço dedicou aos povos indígenas, quando no *caput* de seu artigo 198 estabelecia a inalienabilidade das terras indígenas, a posse permanente, e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas e utilidades nestas existentes<sup>70</sup>.

E não apenas esses direitos, pois o parágrafo primeiro do mesmo artigo declarava nulos e extintos todos os efeitos jurídicos, quaisquer que fossem sua natureza, de atos que tivessem por objeto o domínio, posse ou ocupação de terras indígenas. No parágrafo segundo do artigo já mencionado, declarava que diante da nulidade declarada no parágrafo primeiro, não existia o direito à indenização de quaisquer espécies. De resto repetiu os mesmos preceitos utilizados nas Constituições anteriores.

A Constituição de 1988 em seus direitos fundamentais garante a igualdade de todos, não permitindo nenhum tipo de distinção e dando garantias fundamentais como vida, liberdade, segurança e propriedade, tanto aos brasileiros natos, naturalizados, quanto aos estrangeiros aqui residentes<sup>71</sup>. Aos índios estes direitos com certa frequência são negados ou esquecidos. Tanto assim o é, que nunca foi exigido de nenhum estrangeiro que se aculturasse para ter direitos sobre seus bens, ou seja, as Constituições Brasileiras anteriores à Carta Magna de 1988 negavam aos índios o direito de serem diferentes, e com sua política tutelar

---

<sup>69</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. “Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União: I. (...); IV. As terras ocupadas pelos silvícolas.” “Art. 186 – É assegurada aos silvícolas a posse das terras que habitam e reconhecido seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes”.

<sup>70</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Emenda nº.1 a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. “Art. 198 – As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a Lei Federal determinar, a eles cabendo a posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e todas as utilidades existentes”.

<sup>71</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:”.

tentaram aniquilar sua identidade sociocultural. Os índios sempre foram vistos como seres em estágio inferior, com atraso cultural, e que necessitavam ser integrados à comunhão nacional. Foram durante muito tempo chamados de bárbaros, o que é completamente inconcebível<sup>72</sup>, apenas explicado pelo princípio da modernidade<sup>73</sup>, lógica eurocentrista dominante na cultura ocidental.

O capítulo VIII – Dos índios, inicia com o artigo 231, que em seu *caput* trata do reconhecimento aos índios da sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, determinando a obrigação à União em proteger e fazer respeitar todos os seus bens através do processo administrativo de demarcação. Soterrando de vez o processo de integração, que foi o responsável pela quase extermínio dos povos e da cultura indígena do território brasileiro, e garantindo o direito desta minoria em ser diverso em sua cultura.

Note-se que cada povo indígena tem uma idéia particular do que seja seu território, idéia essa que tem sua elaboração a partir das relações tanto internas quanto externas com os outros povos indígenas e com as populações do entorno do local onde vivem. Desta forma, os limites em termo de extensão do território devem levar em consideração a reprodução de hábitos, artes e o conhecimento que cada um deles tem de sua história, da história de seu território<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Nas palavras de Philip Rieff: Os bárbaros não são como alguns de meus inocentes alunos às vezes pensam os povos com tecnologias primitivas. Bárbaros são os povos sem sentido regressivo do passado, os erros do passado, as loucuras do passado, que estão aptos a atacar as potencialidades do presente com menos inibições. Portanto, o que caracteriza o barbarismo é uma ausência de memória histórica. Revista Urban & Glenny. **O preço do Futuro**. (entrevistas). Tradução: Ana Maria Machado Russo. São Paulo: Melhoramentos, 1974, pág. 43.

<sup>73</sup> Segundo Enrique Dussel, filósofo argentino naturalizado mexicano: “Sendo a cultura européia (...) uma civilização superior às outras culturas: a dominação que a Europa exerce sobre as outras culturas é uma ação pedagógica ou uma violência necessária e é justificada por ser uma obra civilizadora ou modernizadora; o conquistador europeu não é só inocente, como meritório quando exerce tal ação pedagógica ou violência necessária”. (Mito da Modernidade) DUSSEL, Enrique. **1942: O encobrimento do outro**. Petrópolis: Vozes, 1993, pág. 78.

<sup>74</sup> MARES, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, págs. 49-55.

A Constituição no parágrafo primeiro do artigo 231 define o que são terras tradicionalmente ocupadas, tendo o legislador constituinte determinado a utilização conjunta de quatro fatores para o reconhecimento desta, que são: a habitação em caráter permanente, a utilidade produtiva, a preservação dos recursos ambientais, mais não quaisquer recursos, e sim aqueles necessários a seu bem-estar e a sua reprodução física e cultural, estando tudo isto ligado aos seus usos, costumes e tradições, pois nenhuma relação existe destes conceitos com os encontrados na cultura ocidental.

Muito já se discutiu e ainda se discute sobre a interpretação do que são terras indígenas e como se determina a sua posse, porém já antes da Constituição brasileira de 1988, existia no Judiciário Nacional decisão que clarificava o conceito da posse das terras indígenas, podendo isto ser visto na decisão do RE 44.585/70 do STF<sup>75</sup>, que teve como relator o Ministro Victor Nunes Leal, que fixava o alcance da proteção constitucional do direito dos povos indígenas às suas terras para além da área utilizada para sua moradia. Note-se que na decisão que é anterior à Constituição de 1988 já se observava claramente a preocupação com a redução de terras indígenas.

Apesar do avanço em relação à visão integracionista existente na legislação brasileira da época, detectamos uma falha de interpretação; a vinculação da ocupação tradicional à data da promulgação da Constituição, uma vez que o direito dos índios às suas terras é congênito, anterior à promulgação da Constituição. O respeito deveria existir mesmo antes da promulgação da Constituição, antes da existência do próprio Estado Brasileiro.

---

<sup>75</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Recurso Extraordinário n.º 44.585/70 do Supremo Tribunal Federal. “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 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”.

Nas Constituições da República Federativa do Brasil anteriores a 1988, o Estado brasileiro era quem escolhia e demarcava as terras indígenas, fazendo isto com um poder discricionário, provocando uma série de situações, como expropriações de suas terras e convivência forçada de povos inimigos em uma mesma reserva indígena, fato ocorrido com os Panarás no Parque Nacional do Xingu<sup>76</sup>. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apesar de merecer críticas<sup>77</sup>, tem como positivo o fato de ser a que mais dedica atenção à realidade dos povos indígenas, posto consagrar um capítulo inteiro a estas questões.

O direito territorial indígena na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu que o mesmo é originário, tem seu nascimento antes da própria constituição do Estado brasileiro, chamado de indigenato por não necessitar de procedimento legislativo para ter vigência e reconhecimento. Os critérios legitimados pela Constituição para o reconhecimento de terras indígenas são os usos, costumes e tradições de cada povo indígena, sua história, seus mitos, crenças, enfim, sua cultura<sup>78</sup>.

Com a descoberta do Brasil, a propriedade territorial, passou a pertencer à Coroa portuguesa, seja na categoria de públicas, devolutas ou cedidas a terceiros, pelos modos de aquisição constantes dos Alvarás, Cartas Régias e posteriormente pelo Código Civil.

Segundo Carlos Frederico Marés:

---

<sup>76</sup>Ver artigo “Panará” baseado no livro de ARNT, Ricardo; PINTO, Lúcio Flávio; PINTO, Raimundo; MARTINELLI, Pedro. *Panará : a volta dos índios gigantes*. São Paulo : ISA, 1998. Disponível em <http://www.pegue.com/indio/panara.htm>, acesso em 14/01/2005.

<sup>77</sup> Existem inúmeras críticas à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 das mais variadas correntes, dentre elas citamos a de Manuela Carneiro da Cunha, no que respeita a inefetividade dos preceitos constitucionais, que embora existentes não sejam efetivamente cumpridos, por falta de vontade política na proteção dos direitos indígenas. Carlos Frederico Marés de Souza Filho em seu texto “**AS NOVAS QUESTÕES JURÍDICAS NAS RELAÇÕES DOS ESTADOS NACIONAIS COM OS ÍNDIOS**” cita o que classifica de armadilhas da Constituição; situações como a exigência de normas regulamentadoras para que se possam exercer direitos garantidos pela Constituição ou a primazia da propriedade privada sobre a propriedade coletiva, dentre outros.

<sup>78</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. In. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas, publicado na coletânea Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, pág. 9 e 10. “Figura da legislação luso-brasileira constante do Alvará Régio de 1º de abril de 1680, que expressamente reconhecia os índios como primeiros ocupantes e donos naturais das terras do Brasil. Reconhecimento este que foi ratificado por uma lei de 06 de julho de 1775, editada dentro do espírito da Bula do Papa Benedito XIV, de 20 dezembro de 1741, segundo a qual, nas “terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas...”.

Não se deve confundir o direito originário dos povos indígenas com o usucapião, pois são institutos completamente distintos, em decorrência do conceito constitucional de tradicionalidade não se fundar apenas em haver na propriedade adquirida a figura da plantação, construção ou ambas<sup>79</sup>.

Note-se que a questão indígena dentro do texto da Carta Magna de 1988 não se resumiu apenas no capítulo específico dos índios, estando presente em vários outros artigos<sup>80</sup>.

O artigo 231, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, traz os parâmetros que devem ser utilizados para o reconhecimento do que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios<sup>81</sup>.

Na Constituição do Brasil de 1988 o termo “terras tradicionalmente ocupadas”, faz o direito originário dos povos indígenas deixar de ser considerado a partir do conceito cronológico de ocupação, e passa a utilizar o critério antropológico<sup>82</sup>; a tradicionalidade não está no tempo de ocupação, mas no modo de ser, viver e utilizar a terra, dentro de seus padrões culturais.

José Afonso da Silva denota que:

É de se recordar que a utilização do termo terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não surgiu de uma consciência pacífica, mas sim de uma solução de compromisso de ordem semântica e retórica nascida do embate político entre constituintes, populações indígenas, ONG's e interesses anti-indígenas, quando da

---

<sup>79</sup> MARÉS, Carlos Frederico.

<sup>80</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 20, XI, que inclui entre os bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios; o artigo 22, XIV, que instituiu a competência privativa à União para legislar sobre populações indígenas; o artigo 109, XI, que atribuiu competência aos juízes federais para processar e julgar as disputas sobre direitos indígenas; o artigo 129, V, coloca como função do Ministério Público defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; o artigo 210, § 2º, trata do ensino fundamental, assegurando às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e o processo próprio de aprendizagem; o artigo 215, § 1º, assegura a proteção pelo Estado das manifestações culturais indígenas, dentre outros.”

<sup>81</sup> “As por eles **habitadas** em caráter permanente, as utilizadas para suas **atividades produtivas**, as imprescindíveis à **preservação dos recursos ambientais** necessários ao bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, **segundo seus usos, costumes e tradições.**” (grifos nossos) BRASIL, Leis e Documentos, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>82</sup> O critério antropológico da tradicionalidade não vincula este conceito ao parâmetro meramente temporal de permanência em determinada área, mas como está explicitamente descrito no texto constitucional (art. 231, § 1º), está vinculado sim aos usos, costumes e tradições. Ver SILVA, José Afonso da. **Terras Tradicionalmente ocupadas pelos índios**. In. **Direito Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI, 1993.

discussão da elaboração do capítulo referente aos índios. Inicialmente, os defensores de interesses que denominamos pró-índios, queriam que a redação fosse: “terras ocupadas pelos índios”, enquanto os anti-índigenas propunham o termo “terras permanentemente ocupadas”, o que excluiria parcela significativa de povos indígenas do tratamento diferenciado proposto na Constituição, daí surgia à proposição conciliatória que foi o termo, “tradicionalmente ocupadas<sup>83</sup>”.

Da leitura do artigo 231, § 1º da Constituição do Brasil de 1988 diversos autores, dentre eles Jose Afonso da Silva, diz que são quatro os elementos contemplados na definição constitucional de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas: o critério da permanência, que se vincula ao tempo cronológico de habitação; o critério dos usos, costumes e tradições, que se vincula ao modo de ser e viver desses povos; as atividades produtivas, e a preservação dos recursos naturais e a reprodução física e cultural<sup>84</sup>. Diferenciam-se, no entanto, as interpretações quando há primazia de um elemento sobre o outro, ou cumulatividade dos mesmos.

Quando a Constituição utiliza o termo “terras tradicionalmente ocupadas”, e ao final do parágrafo primeiro do artigo 231 asseguram que todos os quatro critérios elencados devem ser observados segundo os usos, costumes e tradições de cada povo, faz ver que esses parâmetros não sejam unívocos nem universais, pois cada povo tem usos, costumes e tradições bastante diversos<sup>85</sup>. Isso faz com que uma determinada área, mesmo não mais habitada pelos povos indígenas, dentro dos parâmetros de habitação da cultura ocidental, possa ser considerada terra indígena, pois o fato de não mais estarem habitando pode ter se dado por um costume de

---

<sup>83</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 860.

<sup>84</sup> SANTILLI, Márcio. **Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil**. In. **Demarcando Terras Indígenas: experiências e desafios de um projeto de parceria**. Brasília: FUNAI/PPTAL/GTZ, 1999, pág. 26.

<sup>85</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Argumento Antropológico e Linguagem Jurídica**. In. **A perícia Antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: UFSC, 1994. Atento a interpretação do termo “terras tradicionalmente ocupadas”, questiona: qual o tempo que deve decorrer para que se possa dizer que existe tradição? Aplicada aos costumes indígenas, essa expressão quer dizer muitos anos ou alguns anos são suficientes? As comunidades indígenas são sedentárias, nômades, ou habituadas a abandonar um território e depois voltar a ele? Qual o critério seguido pelos índios para contagem do tempo? O índio está consciente da noção de tempo da sociedade não-índia e da importância dada ao tempo prolongado pelos aplicadores do direito dessa sociedade? O índio é capaz de simular um fato tradicional?

deslocamento dentro do espaço, por diversos fatores culturais ou tradicionais, ou ainda, por remoção forçada pelos não-índios, o que não descaracteriza a tradicionalidade em função dos usos, costumes e tradições. A aplicação desses critérios, à sua forma de interpretação, deve ser coerente com as características dos grupos indígenas, e se nestes grupos existem conceitos similares aos utilizados<sup>86</sup>.

É a partir dessa diversidade cultural dos povos indígenas, com influência direta na interpretação dos critérios de determinação do que são “terras tradicionalmente ocupadas”, que Dalmo de Abreu Dallari conclui:

Além da dificuldade que possa decorrer da noção geral de tradição e de seus derivados, existe um significado específico quando se trata de aplicar tais conceitos a práticas indígenas e de retirar daí os elementos que irão embasar a interpretação jurídica num caso concreto<sup>87</sup>.

O conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, previsto no artigo 231, § 1º da Carta Magna do Brasil, como se viu anteriormente é fundado em quatro condições, sendo todas de vital importância, porém nenhuma é suficiente se analisada de forma isolada. Não se pode determinar o fato de serem por eles habitadas em caráter permanente, serem utilizadas para suas atividades produtivas, serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar, serem necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo a visão da civilização ocidental, mais sim segundo o modo de ser e a cultura de cada povo.

A Constituição ressalta o reconhecimento dos índios como uma realidade social diferenciada, associando-o à questão territorial, isto em decorrência do papel fundamental que a terra tem para esses povos. É importante lembrar que os direitos dos índios sobre suas terras

---

<sup>86</sup> Idem, Ibidem. A partir da diversidade de tradições, surgem questionamentos como: Como se caracteriza, de fato, a ocupação indígena? Quando se pode dizer que uma comunidade indígena está ocupando uma terra, e quais os elementos que podem estabelecer a antiguidade da ocupação? A forma de ocupar uma área é a mesma para todos os grupos indígenas? Existe ocupação permanente, temporária e intermitente? Quais os dados ou sinais que comprovam se uma ocupação é antiga ou recente? Só existe ocupação quando o índio está fisicamente presente no lugar, com a intenção de ali permanecer para sempre, realizando trabalhos ou utilizando recursos naturais?

<sup>87</sup> Idem, Ibidem, pág. 38.

foram considerados pela Constituição de 1988, como direito originário pré-existente em relação ao próprio Estado e a sua ordem jurídica. Conseqüentemente, o direito dos índios a uma terra determinada independe de reconhecimento formal. Essa condição faz com que se lhe dê uma grande força jurídica, porque no mínimo coloca esse direito às terras tradicionalmente ocupadas, no mesmo nível do direito de propriedade privada nos moldes da cultura ocidental, embora às vezes o próprio judiciário não reconheça isto.

Trata-se de um conceito que é composto por quatro elementos: habitação, atividade produtiva, preservação dos recursos ambientais e reprodução física e cultural, que se integram e devem ser reconhecidos à luz dos usos, costumes e tradições.

Sobre esta questão, José Afonso da Silva, assim se coloca:

Terras tradicionalmente ocupadas não revelam aí uma relação temporal. Tradicionalmente refere-se não a uma característica temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições<sup>88</sup>.

Por este motivo, há necessidade de que o processo de identificação para posterior demarcação de terras indígenas, mesmo enquanto e por ser processo meramente administrativo, necessite de um trabalho interdisciplinar em que participam sociólogos, geólogos, antropólogos, antes da homologação pelo Poder Executivo. A identificação é um processo de reconhecimento de uma posse preexistente, para que a partir deste reconhecimento possa a União cumprir com suas obrigações constitucionais de proteção.

A demarcação não é título de posse nem de ocupação de terras, os direitos dos índios sobre essas terras, independem da demarcação. Está é constitucionalmente exigida nos interesses dos índios. É uma atividade da União, não em prejuízo dos índios, mas para proteger os seus direitos e interesses<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> SILVA, José Afonso da. **Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios**. In. **Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI, 1993.

<sup>89</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 860.

Desde o período colonial, oficialmente através das Cartas Régias e Alvarás<sup>90</sup>, se destinavam terras a populações indígenas. Estas políticas não se fundamentavam no reconhecimento do direito à terra pela tradicionalidade, pelo direito originário, mas sim em um processo de espoliação territorial. Geralmente eram destinadas às populações indígenas as piores terras, e as mais diminutas, como por exemplo, as reservas de Terena e Guarani<sup>91</sup>, com a finalidade de liberar as terras tradicionais, ricas em recursos naturais, para que pudessem ser utilizadas nos processos de colonização. As reservas configuram verdadeiros depósitos de índios, a maioria de etnias diversas e às vezes até inimigos, a quem se impunha conviver.

Mesmo após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, procedimentos que podem ser considerados escusos são utilizados contra os povos indígenas, a exemplo disto, em 1996 o então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, além de substituir o decreto 22/91 pelo Decreto 1775/96 que tratam da demarcação de terras indígenas, em face da ambigüidade do advérbio “tradicionalmente”, definiu os elementos caracterizadores da tradicionalidade, elencados no texto constitucional, como círculos concêntricos<sup>92</sup>, que se ampliam sucessivamente, tendo como núcleo a habitação em caráter permanente, e a parte mais externa deste círculo, que seria o espaço necessário para assegurar a reprodução física e cultural, segundo usos, costumes e tradições.

Dá dessa forma uma feição objetiva, ou seja, empiricamente verificável aos caracterizadores, habitação e atividades produtivas, e natureza estimativa, ou seja,

---

<sup>90</sup> BRASIL, Leis e documentos. Carta Régia de 1611 e o Alvará de 1º de abril de 1650 que trazem a figura do indigenato.

<sup>91</sup> A população indígena Guarani, em torno de 30 mil pessoas, vive hoje em pouco mais de 20 mil hectares apesar de haver, no Mato Grosso do Sul, 100 mil hectares de terras reconhecidas como de ocupação tradicional dos Guaranis, divididos em 29 terras indígenas de tamanhos entre 500 e 13.000 hectares. Conforme estatísticas do CIMI existem 120 terras indígenas, consideradas a partir dos registros feitos das terras Guaranis “tekoha”, donde os índios foram expulsos nas últimas décadas. A partir da década de 1970, se inicia na região o plantio intensivo da soja, com processos altamente mecanizados, destruindo os últimos pedaços de mata e desta forma destruindo esses espaços que ainda serviam de refúgio para os Guaranis e Kaiowá. Intensifica-se o confinamento. Na década de 80 não apenas o confinamento físico cresce, mas os indígenas são realmente empurrados das regiões onde vivem porque a mecanização não precisa da mão-de-obra dele. Nesse período também se instalam na região as usinas de açúcar e álcool, onde os indígenas passam a trabalhar em alguns períodos do ano. **Guarani e Kaiowá: da liberdade e fartura para o confinamento e a fome.** Disponível em [www.cimi.org.br](http://www.cimi.org.br). Acesso em 06/10/2005.

<sup>92</sup> Tomando como base a Teoria dos Círculos e o Mínimo ético de Jeremy Bentham.

valorativamente construídos à preservação dos recursos naturais e reprodução física e cultural. Com isto traz-se o conceito de tradicionalidade para os moldes da cultura ocidental, ou seja, onde o elemento se baseia no conceito de propriedade ocidental, ou ocupação imemorial constatada através de edificações, ou atividades como plantações e criação de animais, por exemplo.

Para Fausto:

Esse modelo reinstalou sob nova roupagem o velho conceito de posse no sentido civilista, tantas vezes mobilizado no passado pelos interesses anti-índigenas, segundo o qual a posse de um território manifestar-se-ia pela presença de edificações e áreas de cultivo permanente<sup>93</sup>.

É comum ouvir-se nos meios políticos, nos meios de comunicação, fazendeiros, posseiros e outros setores da sociedade dizer, “é muita terra pra pouco índio”, o que não traduz a verdade, sendo uma tentativa de jogar com a opinião pública, pois segundo os critérios constitucionais não existem terras indígenas grandes ou pequenas, as terras podem ou não ser tradicionalmente ocupadas, e sendo, pertencem aos índios por um direito originário, não se tratando de doação efetuada pelo Estado, apenas reconhecimento de um direito preexistente.

Alcida Rita Ramos bem informa que:

No início da colonização não existiam muitas pressões sobre a quantidade de terras a ser utilizada por uma comunidade indígena, não havia preocupações com as fronteiras, e sua proteção não caracterizava uma necessidade. Os recursos eram abundantes, o que fazia com que todos tivessem direito de utilizá-los na forma de caça, pesca, coleta e agricultura, não existindo a necessidade de fronteiras rígidas entre aldeias ou sociedades vizinhas<sup>94</sup>.

A expressão terras tradicionalmente ocupadas é utilizada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, referindo-se à tradicionalidade enquanto modo de ocupação e

---

<sup>93</sup> FAUSTO, Carlos. **Território e Contraditório: antropólogos, índios e poderes do Estado**. Disponível em [www.unb.br](http://www.unb.br). Acesso em 14/01/2005.

<sup>94</sup> RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades Indígenas**. São Paulo: Ática, 1986, pág. 13.

utilização da terra, os meios de produção que em nada podem ser comparáveis ao modo de produção capitalista da cultura ocidental, que se tem como civilizada<sup>95</sup>.

No mesmo sentido se posiciona Paulo de Bessa Antunes:

As terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, não são aquelas que imemorialmente tenha sido pelos mesmos ocupadas. Podem estar ou não nessa condição. O que é de fundamental importância para que se configure a tradicionalidade é que as terras sejam essenciais ao modo indígena de viver, ou seja, de acordo com sua cultura, costumes, usos e tradições. Não se cogita dessa forma a temporalidade como fator determinante da tradicionalidade<sup>96</sup>.

As Constituições brasileiras a partir de 1934 vêm tratando a questão das terras indígenas de forma emancipatória, reconhecendo o direito originário dos povos indígenas às suas terras, e não só as questões indígenas, mas também o meio ambiente, o reconhecimento de direitos coletivos.

Não têm, entretanto, esses preceitos representado mudanças na vida dos cidadãos brasileiros, em virtude de não encontrarem concretização prática, em função da ineficiência do Estado na garantia desses direitos.

Em passagem de Carlos Frederico Marés, temos:

É bem verdade que apesar disto não tem sido fácil a vida dos brasileiros. Os índios tiveram garantidos seus direitos originários, mas o Estado tem sido atuante e eficiente em diminuí-los, reinterpretá-los ou solenemente não aplicá-los<sup>97</sup>.

Deve-se atentar que as mudanças estão propostas e devem ser implementadas; não se deve permitir que as oligarquias consigam modificá-las, fazendo com que deixe a sua condição de Constituição cidadã, deixando de trazer as mudanças necessárias para a

---

<sup>95</sup> SILVA, José Afonso da. **Terras Tradicionalmente Ocupadas pelos índios**. In. **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1993, pág. 47.

<sup>96</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004, pág. 1051.

<sup>97</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, pág. 115.

efetivação da redução das desigualdades sociais, econômicas do nosso povo, valorizando devidamente o respeito à diversidade étnica e cultural do povo brasileiro.

Preleciona Carlos Frederico Marés:

Que inútil seria essa Constituição que, bela como um poema, não lhe tem a mesma eficácia porque não serve sequer para comover corações. Que mistérios escondem o texto da esperança cidadã? A primeira providência dos latifundiários, chamados de ruralistas, foi de introduzir um vírus de ineficácia em cada afirmação. Assim, onde a Constituição diz como se cumpre à função social, se lhe acrescenta que haverá de ter uma lei (outra lei inferior), que estabeleça “graus e exigências”, com isso, dizem os Tribunais, já não se pode aplicar a Constituição sem uma lei menor que comande a sua execução<sup>98</sup>.

### **3 Apropriação indígena e propriedade ocidental**

Uma questão bastante discutida ainda hoje é o conceito de propriedade privada da terra existente na cultura ocidental (eurocentrista), bem como questões como a função social da propriedade entre outras, e se existe na cultura indígena este conceito de propriedade privada da terra ou algo similar. Vários autores, dentre os quais podemos citar Carlos Frederico Marés de Souza Filho, José Afonso da Silva, Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Dalmo de Abreu Dallari, e outros, dizem que existe uma apropriação coletiva da terra, mas inexistente um conceito de propriedade individual da terra na cultura indígena, nos moldes da cultura ocidental.

Na cultura ocidental, a propriedade da terra se apresenta como um direito individual, que dá ao detentor da mesma os poderes de usar, gozar, dispor, e reivindicar de terceiros que

---

<sup>98</sup> Idem, *Ibidem*, pág. 116.

injustamente detenham a posse da terra sobre a qual se tem a propriedade, “serve para acumulação de capital, afastando o ser humano da natureza”.<sup>99</sup>

Na cultura indígena a terra não tem essa função, e se apresenta como um direito coletivo, porém não nos moldes ocidentais de direitos coletivos, onde seria um somatório de frações ideais abstratas, mas sim como uno, e mesmo dividindo-se em pequenas partes continuaria cada pequena parte a pertencer a todos.

Na apropriação das terras pelos povos indígenas, a mesma se faz pela coexistência que se trava entre a terra e determinado povo, de acordo com seus costumes e tradições. Cada terra está diretamente ligada à história do povo que a habita, sendo espaços criados por deuses para que deles possam tirar a sua sobrevivência. Tanto assim que segundo Carlos Frederico Marés: “na concepção do povo guarani os colonizadores não invadiram seus territórios, pois para eles não existiam fronteiras, todos podem usar a terra, homens, animais e plantas. Os colonizadores são sim destruidores, e que as vítimas não seriam eles, mas sim a terra”.<sup>100</sup>

Pode-se assim ver a profunda diferença entre apropriação indígena e propriedade no direito ocidental; enquanto a primeira tem como primazia a coexistência harmoniosa entre a terra e os seres que dela necessitam para a sobrevivência, num processo de respeito e comunhão, pois a terra pertence a todos que dela necessitem, na propriedade privada ocidental a mesma é um bem de capital, de acumulação, individual, excludente e injusta.

### **3.1 A propriedade no Direito Ocidental**

A propriedade privada da terra no direito ocidental deita suas raízes no direito romano, estando sempre ligada à religião, à adoração do Deus-lar, que tomando posse de um determinado solo, não poderia mais daí ser retirado. A partir de então, toda área formada pela

---

<sup>99</sup> Idem, Ibidem, pág. 48

<sup>100</sup> Idem, Ibidem, pág. 51.

casa, campo e sepultura era bem próprio da família, sendo por isso inviolável. Na civilização greco-romana, a propriedade privada, assim como a família e a religião doméstica, fazia parte da constituição social, da organização institucional da sociedade, que não podia, em hipótese alguma, ser alterada, quer por deliberação popular, quer por decisão dos governantes<sup>101</sup>.

O núcleo essencial da propriedade no direito privado ocidental sempre foi o de ser um poder soberano e exclusivo de um sujeito de direito sobre uma coisa determinada. Sempre foram prerrogativas soberanas, absolutas e ilimitadas, além de imunes a qualquer encargo público ou privado. Por este motivo, no direito romano não se podia falar em deveres do cidadão para com a comunidade enquanto proprietário, já que se tratava de um poder absoluto e ligado à família, à religião<sup>102</sup>.

Já durante o medievo começa a haver uma quebra do conceito unitário da propriedade, havendo concorrência de proprietários, e isto se dá através dos conceitos de domínio eminente e domínio útil, onde o titular do domínio eminente concede o direito de utilização econômica da propriedade em troca de serviços ou de rendas<sup>103</sup>, é a chamada “força de trabalho” de Max.

Com o surgimento da burguesia, a propriedade perdeu todo esse caráter de bem de origem religiosa e passou a ser encarado como um bem de utilidade econômica. Nesta visão a propriedade tem ainda o caráter de direito absoluto e exclusivo sobre coisa determinada, mas agora para utilidade exclusiva do seu titular. Durante todo o século XIX, a propriedade passa a figurar como “instituto central do direito privado”, em torno do qual o bem, seja ele material ou imaterial, se contrapõe a pessoa. O instituto da propriedade no direito neste período é contraditório, pois se funda na relação do indivíduo com a coisa, o que é inadmissível na teoria do direito, onde não pode haver relação jurídica entre pessoa e objeto, mas apenas entre pessoas. Por esta razão, criou-se a “teoria do sujeito passivo universal”, e a partir dela a

---

<sup>101</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Artigo publicado em <http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm>. Acesso em 29JUL2005.

<sup>102</sup> Idem, Ibidem.

<sup>103</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 13ª edição, atualização e notas de JÚNIOR, Humberto Theodoro, 1998, pág. 104.

sustentação do direito de propriedade, pois a relação do proprietário se daria não com a propriedade, mas contra um sujeito passivo universal<sup>104</sup>.

Foi ainda com o surgimento da burguesia que se estabeleceu a separação entre o público e o privado, onde se fez presente o individualismo aliado à concepção do Estado mínimo, não interventor, impossibilitando qualquer tipo de ingerência no patrimônio particular.

Locke, fundador do pensamento liberal, só entende a propriedade advinda do trabalho, como um direito natural do indivíduo; para ele, o limite da propriedade inicialmente seria a capacidade de colocá-la em uso. Assim, o trabalho é a origem da apropriação privada da terra, e, como já visto, o seu limite. Digo inicialmente, pois a partir do regime capitalista, da utilização do dinheiro como valor de troca e da possibilidade da venda da força de trabalho, inicia-se a permissibilidade de acumulação de propriedade além da capacidade de uso, em razão de que a mesma pode ser trocada por equivalente monetário, necessário à subsistência e desenvolvimento do indivíduo, que passa a valer pelo que tem e não apenas pelo que é.

Com o surgimento do regime capitalista, o conceito de propriedade unitária se restabelece, com uma presença mais forte e elaborada da concepção individualista. Nesta fase ao seu exercício quase não se impõem restrições, e o direito do proprietário é elevado à condição de direito natural, em pé de igualdade com as liberdades fundamentais<sup>105</sup>.

Com a evolução histórica do conceito jurídico de propriedade a mesma adquiriu uma qualificação individualista, ou seja, cada coisa tem apenas um dono e seus poderes são amplos. Rousseau, no Discurso sobre a economia política, diz:

---

<sup>104</sup> “Impressionados com a sustentada inexistência de uma relação jurídica entre pessoa e coisa, muitos autores adotaram a teoria personalista, segundo a qual os direitos reais também são relações jurídicas entre pessoas, como os direitos pessoais. A diferença está no sujeito passivo. Enquanto no direito pessoal, esse sujeito passivo - o devedor - é pessoa certa e determinada, no direito real, seria indeterminada havendo, neste caso, uma obrigação passiva universal, a de respeitar o direito - obrigação que se caracteriza toda vez que alguém o viola”. (GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 13ª edição, atualização e notas de JÚNIOR, Humberto Theodoro, 1998, pág. 3).

<sup>105</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 13ª edição, atualização e notas de JÚNIOR, Humberto Theodoro, 1998, pág. 102.

O direito de propriedade é o mais sagrado de todos os direitos dos cidadãos e mais importante, de certa forma, que a própria liberdade. É preciso relembrar aqui, que o fundamento do pacto social, é a propriedade, e sua primeira condição que cada qual se mantenha no gozo do que lhe pertence<sup>106</sup>.

Assim, sob o prisma da garantia individual, a propriedade passou a ser protegida em nível das Constituições, tanto na sua condição de direito subjetivo como na de instituto jurídico. O que se trata, não é apenas o reconhecimento do direito individual do proprietário para garanti-lo das investidas dos demais sujeitos de direito e do próprio Estado, mas também evitar que o legislador venha a suprimir o instituto ou desfigurá-lo de seu conteúdo essencial. É o que a elaboração teórica da doutrina alemã chamou de garantia institucional da pessoa humana<sup>107</sup>.

O direito ocidental criou a dicotomia: direitos pessoais *versus* direitos reais. A partir desta dicotomia criou-se um ramo do direito civil ao qual denominou de direito das coisas, como sendo aquele que se ocupa dos direitos reais, compreendendo um conjunto de normas que regulam as relações jurídicas referentes à propriedade e aquisição de bens corpóreos pelo homem<sup>108</sup>.

Uma das características do direito real é que o mesmo se exerce diretamente, sem interposição de qualquer sujeito, enquanto que o direito pessoal supõe necessariamente a intervenção de outro sujeito de direito<sup>109</sup>. Outras características marcantes do direito real são a seqüela e a preferência, sendo o direito de seqüela aquele pelo qual o titular de um direito real pode seguir a coisa em poder de qualquer detentor ou possuidor; já o direito de preferência é

---

<sup>106</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social: Discurso sobre Economia Política**. São Paulo: Hemus, 7ª edição, 1994, pág. 115.

<sup>107</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 13ª edição, atualização e notas de JÚNIOR, Humberto Theodoro, 1998, pág. 105.

<sup>108</sup> BECILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 9ª edição, vol. 9, 1953, nota ao artigo 485.

<sup>109</sup> De Page faz a distinção entre direitos reais e direitos pessoais da seguinte forma: “A característica do direito real será sempre o fato de se exercer diretamente, sem interposição de quem quer que seja, enquanto o direito pessoal supõe necessariamente a intervenção de outro sujeito de direito”. (*Tradução livre*) (**Traité Élémentaire de Droit Civil Belge**, 2ª edição, T.1º, pág. 173).

restrito aos direitos reais de garantia, consistindo no privilegio de obter o pagamento de uma dívida com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação.

No direito ocidental os direitos reais adquirem-se por efeito de fatos jurídicos que lhes servem de causa. Ao estabelecer a conexão entre os efeitos e a causa, as legislações estabelecem duas orientações, uma considerada mais tradicional, em que para que o direito real seja eficaz é necessário que a causa que lhe deu existência seja válida, pois sendo nula a causa também o será o direito. A guisa de exemplo, quem adquire a propriedade através de um contrato de compra e venda inválido, ilegítimo, será seu proprietário. Assim sendo, o modo de aquisição da propriedade está condicionada à validade do título que lhe deu causa.

A outra orientação é a seguida pelo direito alemão, que adotou o princípio da abstração da causa. Segundo esta orientação, os defeitos advindos da relação causal não têm influência direta sobre o efeito jurídico já produzido; assim sendo, a invalidade do título não determina a invalidade do modo de aquisição. Este princípio demanda a existência de um sistema de publicidade organizado em moldes especiais, assim se sucedendo na Alemanha<sup>110</sup>.

Quando se trata do instituto de propriedade, obrigatoriamente é necessário ter-se bem definida a questão da posse, pois embora muitas pessoas utilizem os termos como sinônimos, para o direito não representam a mesma coisa, não são termos equivalentes. A posse é o poder de fato, enquanto a propriedade é o poder de direito sobre a coisa<sup>111</sup>. Existem duas teorias de juristas alemães com larga repercussão na doutrina e nas legislações sobre a interpretação e conceituação da posse. De um lado temos a teoria subjetivista, elaborada por Savigny, e de outro a chamada teoria objetiva, elaborada por Rudolf Von Ihering; ambas surgem da necessidade de diferenciar a posse da detenção, isto porque à posse se atribuem efeitos jurídicos, especialmente quanto à proteção, enquanto que na detenção esses efeitos inexistem.

---

<sup>110</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 13ª edição, atualização e notas de JÚNIOR, Humberto Theodoro, 1998, pág. 12.

<sup>111</sup> Idem, Ibidem, pág. 20.

Em 1803 Savigny, com 24 anos, expôs de forma brilhante sua teoria sobre a posse. Para ele, a posse é a conjunção dos elementos *corpus* e *animus*, sendo o primeiro o elemento material e o segundo o elemento intelectual, ou seja, a vontade que tem o proprietário em ter a coisa como sua. Segundo esse autor se não existir a vontade em ter a coisa como sua, haverá simples detenção, e como tal não se produz efeitos jurídicos. Este privilégio dado à subjetividade do *animus domini* trouxe algumas dificuldades à vista das relações como as do precarista, do credor pignoratício, do depositário de coisa litigiosa, etc. Por esta razão, Savigny criou uma terceira categoria que denominou de posse derivada, em razão do motivo pelo qual as coisas se achavam nas mãos do sujeito; esses não eram translativos de domínio, sendo por isto um poder limitado, mas a proteção possessória lhes era garantida em virtude da conservação da coisa confiada. Assim sendo, eram considerados possuidores mesmo não existindo neles à vontade de se comportar como se a coisa fosse sua<sup>112</sup>.

A maior crítica feita a essa teoria é que por valorizar o elemento intencional, somente reconhecendo a posse quando exista o *animus domini*, motivo pelo qual recebeu a qualificação de subjetiva, faz a posse depender de um estado íntimo muito difícil de ser precisado com concretude. Por esta teoria, o locatário, o comodatário, o depositário, o mandatário e outros títulos análogos são meros detentores por não possuírem o *animus* de ter a coisa como própria<sup>113</sup>.

Na segunda teoria, a objetivista, criação de Rudolf Von Ihering, assim como na de Savigny, posse e propriedade são coisas distintas, quando ambas estão reunidas na mesma pessoa (proprietário), sendo desnecessária a distinção; porém, quando por subtração violenta ou clandestina da coisa, essa distinção é de suma importância, pois a posse é o poder de fato

---

<sup>112</sup> Idem, Ibidem, pág.18.

<sup>113</sup> Idem, Ibidem, pág.19.

daquele que detém a coisa, enquanto a propriedade é um poder de direito do proprietário que não se extingue mesmo que ele não tenha a posse da mesma<sup>114</sup>.

Para Ihering a posse tanto é a condição para o nascimento de um direito, quanto o fundamento de um direito. Este autor afirma que, embora a propriedade seja independente da posse, pois mesmo que a coisa seja subtraída do proprietário, o mesmo perde a posse que é um poder de fato, porém não perde a propriedade que é um poder de direito sobre a coisa. Assim a posse é uma condição indispensável para se chegar à propriedade, embora não seja a única. Por outro lado, a posse serve como fundamento de direito, em virtude do poder do possuidor dela prevalecer-se até que alguém a tome apresentando melhor direito.

Ihering se contrapõe a doutrina de Savigny, pois considera que a diferença entre posse e detenção não reside na particular vontade de possuir, se funda sim, na causa da aquisição. Demonstra ainda que a posse não é como pregado pela teoria subjetivista, o poder físico sobre a coisa, mas sim a exteriorização da propriedade; para ele, só há posse onde possa existir propriedade, caso contrário há mera detenção. Desta forma, a posse é o exercício de um poder sobre a coisa, não se exigindo que o possuidor tenha o *animus domini*.

## **O Conceito moderno de posse e propriedade**

O Direito, enquanto ordenamento ou sistema de normas, possui uma competência à qual atribui a si próprio o poder de fazer e dizer o direito; desta forma, separa aquilo que é direito e o que Luiz Edson Fachin denomina de não-direito, deixando fora do sistema tudo aquilo que não considera relevante, como por exemplo, relações de propriedade dos indígenas com suas terras<sup>115</sup>, assunto que é objeto da presente dissertação.

---

<sup>114</sup> Idem, Ibidem, pág 24.

<sup>115</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pág. 27.

Especificamente, o Direito Civil é o ramo do direito responsável pela regulação de toda a matéria ligada à pessoa enquanto sujeito de direito e obrigações<sup>116</sup>, “e o faz a partir de abstrações e generalizações”<sup>117</sup>; assim, algumas vezes abstrai-se da realidade circundante, em nome da almejada segurança jurídica, uma das bases do sistema.

O Direito criou a dicotomia público e privado, sendo o Direito Civil pertencente ao direito privado, e este modelo, segundo autores como Luiz Edson Fachin, se encontra em crise por questões como a sua historicidade, a sua inter-relação com a sociedade, isto em decorrência deste não estar em constante diálogo com o meio social, tendo os seus conceitos se distanciado da concretude dos fatos reais que as novas relações sociais apresentam.

Uma mudança, embora ainda embrionária, começou a se desenhar ainda na vigência do Código Civil Brasileiro de 1916<sup>118</sup>. No texto do mesmo, foram criados conceitos aos quais as realidades deveriam se conformar às normas determinadas pelo direito; é o chamado princípio da subsunção dos fatos à norma, apresentando-se os fatos na ordem inversa, ou seja, ao invés da codificação surgir a partir das necessidades e problemas que emergem da convivência social, ocorre que as demandas sociais é que têm que se conformar com o que está conceituado na codificação.

O Código Civil Brasileiro de 1916 era calcado em valores do século XVII, XVIII e XIX, em que a visão era marcadamente o individualismo jurídico dando conta do indivíduo, tendo pouca ou nenhuma preocupação com as repercussões com o coletivo.

O título de proprietário conferia à pessoa o direito de fazer, desfazer ou utilizar o seu bem da maneira que melhor lhes aprouvesse, sem que qualquer consequência a terceiros pudesse derivar da destinação dada ao bem, sendo desta forma um poder individual, absoluto

---

<sup>116</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Código Civil Brasileiro de 1916, art.1º - “Este código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações”.

<sup>117</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pág. 28.

<sup>118</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916.

e personalíssimo<sup>119</sup>. Tendo caráter patrimonialista, busca a garantia do direito a ter direito e a contrair obrigações, dentro dos limites impostos pelo próprio direito, sendo assim um direito quase intocável, garantido na maioria das Constituições européias, em decorrência dos princípios advindos da revolução francesa. Tanto assim, que é o próprio direito quem determina a partir de que momento o ser humano adquire personalidade civil, podendo só a partir deste momento, ser reconhecido como um sujeito capaz de ter direito e contrair obrigações<sup>120</sup>, tentando fazer isso de forma tão abrangente, buscando regular toda existência do homem, que define também a partir de que momento cessam esses direitos e obrigações<sup>121</sup>.

Dentro das mudanças ocorridas nos conceitos do Código Civil Brasileiro de 1916, que vieram a se consolidar com a promulgação do Novo Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, temos a funcionalização de alguns conceitos<sup>122</sup>; exemplos disso são os institutos como o da posse e o da propriedade, conceitos estes vitais para o direito das coisas e para o direito privado.

O conceito de posse modifica-se, efetivando a superação da crise em que se encontram os conceitos emanados pela escola subjetivista de Savigny e a objetivista de Ihering; a primeira focava a posse em dois elementos: o *corpus* e o *animus*, o que gerava dificuldades nos casos como o do comodato, locação e depósito, onde embora não exista nas figuras do comodatário, do depositário e do locatário a intenção de tornarem-se proprietários da coisa,

---

<sup>119</sup> No dizer de José Afonso da Silva, o direito de propriedade fora com efeito, concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível. Verificou-se, mais tarde o absurdo dessa teoria, porque entre uma pessoa e uma coisa não pode haver relação jurídica, que só se opera entre pessoas. Um passo adiante, à vista dessa crítica, passou-se a entender o direito de propriedade como uma relação entre um indivíduo e um sujeito passivo universal, integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo, e assim o direito de propriedade se revela um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito. (Curso de Direito Positivo. São Paulo: Malheiros, 12/2204, pág.271).

<sup>120</sup> BRASIL, Leis e Documentos.Código Civil Brasileiro de 2002, “Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, correspondente ao art. 4º do Código Civil Brasileiro de 1916.

<sup>121</sup> BRASIL, Leis e Documentos.Código Civil Brasileiro de 2002, “Art. 6º - A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva”, correspondente ao art. 10 do Código Civil Brasileiro de 1916.

<sup>122</sup> Funcionalização esta em virtude de mudanças Constitucionais, pois durante a vigência do Código Civil de 1916, o mesmo foi recepcionado pelas Constituições de 1934, 1937, 1967, emenda nº1 de 1969 e finalmente a Constituição de 1988, antes da entrada em vigor do Novo Código Civil Brasileiro de 2002.

não se pode negar a existência da posse, gozando os mesmos da proteção direta desses bens por via das ações possessórias.

A segunda escola, a objetivista, funda a posse apenas na existência do *corpus*, sendo necessária apenas a disposição física da coisa ou a mera possibilidade de existência deste, para que a mesma esteja configurada; o *corpus* configuraria apenas a intenção de explorar a coisa economicamente e não de ser proprietário.

A partir da Constituição de 1988, a propriedade deixa de ser um valor absoluto do indivíduo passando a exigir que cumpra sua função social<sup>123</sup>, o poder de usar, gozar e dispor da propriedade passa a sofrer limitações, tendo que atender a funções sociais, podendo ser uma função positiva, em que o usar, gozar e dispor traga benefícios diretos à sociedade ou, quando menos, de forma negativa, ou seja, que não imponha sacrifícios e prejuízos à coletividade. A propriedade deixa de ser considerada um direito individual, e segundo José Afonso da Silva<sup>124</sup>, também uma instituição exclusiva do Direito Privado, relativizando-se seu conceito e significado, porque os princípios da ordem econômica foram preordenados à vista da realização de que sejam assegurados a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social. No bojo dessas mudanças, podemos ver claramente a passagem do Estado de polícia, que vai sendo substituído pelo Estado do bem-estar social, que tem como característica principal intervir ativamente na ordem econômica em busca da realização de metas sociais.

Isto pode ser claramente percebido na análise histórica da legislação brasileira. Embora de forma pouco efetiva, na Constituição de 1934, em plena era Vargas, quando acontecia a

---

<sup>123</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, inciso XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

<sup>124</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 12/2004, pág. 270.

ampliação e consolidação das leis trabalhistas e da previdência social, em seu artigo 115<sup>125</sup>, quando trata da ordem econômica, bem como no artigo 113 quando trata especificamente da propriedade<sup>126</sup>, observa-se a preocupação com que o interesse social não seja refém do interesse do indivíduo. É evidente a ampliação dos poderes do Estado no âmbito da propriedade, que passa a se dar em três esferas, o direito de vizinhança, a necessidade e utilidade pública e o interesse social e coletivo, embora esta inovação tivesse curta duração, pois a Constituição de 1937 além de não destinar título à ordem social, altera a possibilidade de intervenção do Estado na propriedade, reduzindo-a à previsão de desapropriação por interesse ou utilidade pública<sup>127</sup>.

Foi na Constituição de 1967 que pela primeira vez se utilizou à expressão “função social da propriedade”, elencada no artigo 157, III, como princípio norteador da ordem econômica e social, cujo fim era a realização da justiça social, sendo a partir deste momento que se torna indispensável saber quando a propriedade cumpre a sua função social<sup>128</sup>.

A função social da propriedade tem seu fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, XXIII, só garantindo o direito da propriedade que atenda sua função social, tanto que impõe consequências como, por exemplo, a desapropriação daquela propriedade que não cumpre com sua função social. Não se deve confundir o princípio da função social da propriedade com as limitações administrativas

---

<sup>125</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1934, “Art. 115 – A ordem econômica dever ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, a liberdade econômica”.

<sup>126</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1934, “Art. 113 – A Constituição assegura aos brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 17. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades até onde o bem público o exija, ressalvado o direito a indenização ulterior”.

<sup>127</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1937, “Art. 122 – A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 14. O direito de propriedade salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os limites serão os definidos na lei”.

<sup>128</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 12/2004, pág. 270 e seguintes.

impostas pelo poder de polícia, que são condições cominadas para que o exercício do direito de propriedade não prejudique o interesse social. A função social da propriedade não se confunde com as limitações administrativas, por serem as mesmas impostas pelo poder de polícia para exercício de direitos do proprietário, enquanto que a função social faz parte da própria estrutura do direito de propriedade.

A Constituição da República Federativa do Brasil deu nova dimensão ao direito civil, como na propriedade privada, que hoje ganha novo conteúdo, afirmado pela função social como motor de impulsão que, além de limitar o direito de propriedade, exige uma nova compreensão conceitual da propriedade<sup>129</sup>.

Na verdade, esta disciplina tem seu fundamento nas normas constitucionais, assegurando não só o direito de propriedade, como também seu regime fundamental; assim, ao Direito Civil não cabe a disciplina da propriedade, mas sim as relações civis que estabelecem as faculdades de usar, gozar e dispor de bens, a sua plenitude e o seu caráter exclusivo e ilimitado, dentro das condições estabelecidas pelas normas constitucionais<sup>130</sup>, também chamada de constitucionalização do direito privado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 170<sup>131</sup> no título da Ordem Econômica, sela em definitivo o princípio da função social da propriedade em seu inciso III, com o fim de assegurar uma existência digna de acordo com os ditames da justiça social.

Segundo Orlando Gomes:

---

<sup>129</sup> PEDRA, Anderson Sant'Ana. Interpretação e aplicabilidade da Constituição: em busca de um Direito Civil Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 99, 10 out. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4266>. Acesso em: 17/07/2005.

<sup>130</sup> TARTUCE, Flávio. *A função social da posse e da propriedade e o direito civil constitucional*. Disponível na Internet: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=159](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=159). Acesso em 17/07/2005.

<sup>131</sup> BRASIL, Leis e documentos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art.170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (...)

No âmbito internacional, atribui-se ao jurista francês Leon Deguit a primeira definição jurídica da expressão “função social da propriedade”; para ele, a propriedade revelar-se-ia para o possuidor como um dever de empregar o bem, mantendo e aumentando a interdependência social. Francesco Messineo aprimorou ainda mais o conceito de Deguit acerca da propriedade, incluindo três elementos na formação do conceito, quais sejam: poderes, que no início era o único e absoluto elemento formador; os limites, que tanto podem ser uma ação (facere) quanto uma abstenção (non facere ou pati); e os deveres ou obrigações, que impõem ao proprietário um fazer, sendo este elemento o que efetivamente realiza a função social da propriedade<sup>132</sup>.

O Novo Código Civil, de 2002, em seu artigo 1196 define a posse como sendo o exercício pleno ou não de alguns poderes inerentes à propriedade<sup>133</sup>. A nossa nova codificação, no entanto deixou de buscar uma teoria mais avançada, que levasse em consideração as teorias sociológicas da posse, as quais deram origem à função social da propriedade, sendo estas teorias surgidas a partir do século XX na Itália, Espanha e França, que não só colocaram por terra as teorias de Savigny e Ihering, como foram responsáveis pelo surgimento do novo conceito da posse como exteriorização da propriedade, sendo esta verdadeiramente sua função social, e que tem como seu principal precursor Saleilles<sup>134</sup>.

Embora já exista projeto de alteração do artigo 1196, de autoria do Ex-Deputado Ricardo Fiúza<sup>135</sup>, adotando sugestão de Joel Dias Figueira Jr., o novo conceito da posse calcada na função social já se encontra em nosso ordenamento no próprio Novo Código Civil,

---

<sup>132</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 13ª edição, atualização e notas de JÚNIOR, Humberto Theodoro, 1998, pág. 107.

<sup>133</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Novo Código Civil Brasileiro de 2002, Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002, “Art. 1196 – Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

<sup>134</sup> FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª Edição, 2003, pág. 1.095.

<sup>135</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Projeto de Lei 6060/02 - “considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência sócio-econômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse”.

no capítulo referente à aquisição da propriedade imóvel, quando trata da usucapião, em que a posse de bem imóvel por um tempo determinado é forma legal de aquisição da propriedade do mesmo (artigos 1238 e 1242)<sup>136</sup>, é o que Flávio Tartuce denomina de posse trabalho<sup>137</sup>, onde os prazos são reduzidos pela metade em razão da existência de uma função social na ocupação. Mas a função social da posse não se restringe apenas aos dois artigos anteriormente citados, também podem ser encontrados em outros artigos, como por exemplo, o artigo 1228 §§ 4º e 5º<sup>138</sup>.

O processo de funcionalização da propriedade é e foi um processo longo, que se modifica a cada vez que ocorre uma mudança na relação de produção e, como conseqüência, toda vez que ocorre essa modificação também se modifica a estrutura interna do conceito de propriedade. No caso do direito nacional, quando a Constituição colocou o princípio da função social da propriedade na ordem econômica<sup>139</sup>, não estava apenas preordenando fundamentos às limitações, isto porque limitações são externas ao direito de propriedade, não fazem parte da substância do conceito, estão vinculadas tão somente às atividades do proprietário, ao exercício do seu direito, tendo sua explicação pela simples atuação do poder

---

<sup>136</sup>BRASIL, Leis e Documentos. Novo Código Civil Brasileiro de 2002, “Art. 1238 – Aquele que, por 15 anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único – O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á 10 anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo”; “Art. 1242 – Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e de boa-fé, o possuir por 10 anos. Parágrafo único – Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo Cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”.

<sup>137</sup> TARTUCE, Flávio. **A função social da posse e da propriedade e o direito civil constitucional**. Artigo publicado em [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=159](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=159). Acesso em 17JUL2005.

<sup>138</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Novo Código Civil Brasileiro de 2002, “Art. 1228 – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de revê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 4º - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante; § 5º - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

<sup>139</sup> BRASIL, Leis e Documentos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando-se os seguintes princípios: I- ...; II- propriedade privada; III- função social da propriedade; ...”

de polícia. O princípio da função social da propriedade como de resto todos os princípios constitucionais tem aplicação imediata, bem como eficácia, porque interfere na estrutura do conceito valendo como regra que fundamenta o regime jurídico.

Assim a função social da propriedade é uma forma de compatibilizar a fruição individual do bem e o atendimento da sua função social visando que o titular do direito de propriedade não abuse deste direito. A função social da propriedade é um poder-dever do proprietário de dar ao seu bem um destino que esteja vinculado ao interesse coletivo.

Nos dias atuais, vigora uma concepção de propriedade marcada pelo equilíbrio de dois importantes valores, identificados no curso da história, que podem ser resumidos da seguinte forma: a propriedade ainda é um direito individual, mas tem sua proteção subordinada à inexistência de um interesse público que sobreie o mesmo, ou o cumprimento de sua função social. O Novo Código Civil vai mais além, prevendo além da função social da propriedade, a função sócio-ambiental<sup>140</sup>.

É lícita a propriedade individual quando realiza além do seu objetivo com relação ao particular um interesse social, uma utilidade a toda comunidade<sup>141</sup>.

Vê-se, portanto, que o direito de propriedade não é mais um direito absoluto; o seu limite se configura ante os direitos alheios que devem ser respeitados, estando cada vez mais presentes medidas restritivas impostas pelo Estado, que leva em consideração a supremacia dos interesses difusos e coletivos. Desta forma o direito de propriedade esbarra na função social e socioambiental, bem como no interesse público, no princípio da justiça social e na proteção do bem comum.

---

<sup>140</sup> TARTUCE, Flávio. *A função social da posse e da propriedade e o direito civil constitucional*. Disponível na Internet: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=159](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=159). Acesso em 17/07/2005.

<sup>141</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 75.

### 3.3 Apropriação indígena

A história da expansão européia e sua visão eurocentrista na relação com os povos conquistados contribuíram de forma bastante significativa para a discussão de temas como território e territorialidade usados como pano de fundo nas questões de lutas pela terra, e assim ocorreu com os povos indígenas. A partir desta visão tomaram corpo elementos como a imemorialidade da ocupação indígena, a definição do modo de vida (usos, costumes e tradições), isto em razão do seu vínculo com a natureza ou com a própria terra, lembrando que esses elementos são utilizados pela cultura ocidental como caracterizadores do modo de aquisição do que esta cultura conceitua como propriedade<sup>142</sup>.

É bastante discutível a existência ou não de um conceito de propriedade privada da terra entre os povos indígenas. É comum encontrar nas produções acadêmicas a expressão territórios abertos, como noção de limites. A nosso ver a questão de limites, no que diz respeito aos territórios das populações indígenas, é um conceito que é forjado após o contato com os colonizadores, e posteriormente pelo contato com os nacionais, quando do processo de demarcação das terras indígenas com a finalidade de regularização fundiária.

Quando se fala da influência do contato é que se observa que estes conceitos são introduzidos na cultura indígena a partir dos mesmos. Antes não se observava nestas culturas nenhuma manifestação desses conceitos, que surgem pela influência da história ocidental do conceito de território, que tem sido marcado pela história dos Estados Nacionais. É inegável que o contato com a sociedade envolvente deflagra irreversivelmente a incorporação de vários elementos culturais desta pelas culturas indígenas.

---

<sup>142</sup> CHAGAS, Miriam de Fátima. **A política do reconhecimento dos “remanescentes das comunidades dos quilombos”**. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S104](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S104). Acesso em 17/05/2005.

Esses contatos, principalmente os definitivos, trouxeram mudanças nas formas de ocupação do território por parte dos povos indígenas, fazendo com que, até como meio de defesa, as populações que antes se dispersavam por grandes áreas, passassem a se concentrar em núcleos. A diversidade de culturas entre os povos indígenas faz com que sejam bastante diferentes as relações com a cultura ocidental após o contato.

No Brasil cabe ao Estado a atribuição constitucional de demarcar e proteger as terras indígenas, porém, mais uma vez, é preciso ressaltar que, apesar da suma importância do processo demarcatório, o direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas é anterior a esses procedimentos administrativos, e deles não depende. A legislação infraconstitucional prevê a participação obrigatória de antropólogo no processo de regularização fundiária, sendo este responsável pela elaboração de relatórios e pareceres sobre a delimitação das terras indígenas. A partir dessa participação de antropólogos, algumas questões surgem, como por exemplo: qual o conceito de terra utilizado pelos mesmos para elaboração de seus pareceres e relatórios? Como conciliar a visão ocidental (eurocentrista) de território com a multiplicidade de concepções das culturas indígenas sobre o que seja território? Sabe-se que o conceito de território, pelo menos nos moldes da cultura ocidental não se concilia com as diversas concepções sobre território existentes nas culturas indígenas.

Para Alcida Rita Ramos, antes da colonização e dos contatos forçados, essas populações não necessitavam da existência de limites em suas terras, não existindo sequer uma uniformidade nas relações destes povos com as mesmas, e isso não se deve, como a princípio se cogitou, à questão da mobilidade, do sedentarismo ou identidade étnica, mas sim em função da existência de diferentes lógicas espaciais entre os povos indígenas, o que conseqüentemente leva à existência de diversas formas de organização territorial<sup>143</sup>.

---

<sup>143</sup> “No passado, quando não havia grandes pressões de fora sobre a quantidade de terra a ser utilizada para cada sociedade indígena, a questão da manutenção de fronteiras territoriais não chegava a se colocar de maneira categórica. Todos tinham o direito de utilizar os recursos do meio ambiente na forma de caça, pesca, coleta e

Diversas são as concepções indígenas sobre o que denominamos território. Há grupos que afirmam exclusividade do território, sendo estes os que mais se aproximam da concepção da cultura ocidental, que é calcada no direito de propriedade. Outros não têm essa exclusividade como essencial, desde que esta utilização compartilhada não traga ameaças à sua sobrevivência. Há ainda, aqueles povos que oscilam, tendo ocupações exclusivas em determinadas áreas, e outras que compartilham a utilização com outros grupos; em algumas situações esse compartilhamento se faz por dependência, pela necessidade de sua reprodução física, cultural, se dando através de casamentos com integrantes de outros grupos, fazendo supor que entre esses grupos existam relações de vizinhança e visitação<sup>144</sup>.

Existem ainda grupos que têm uma maior relação com a água do que com as terras, outros têm uma maior mobilidade, sempre em busca de uma melhor situação para sua acomodação, existem aqueles que pela sua maneira de se relacionar com a terra e pelos seus critérios de perambulação necessitam de uma extensão maior de terra para sua sobrevivência.

Existem diferenças profundas no que diz respeito ao modo de uso que cada um dos povos indígenas faz da sua terra e de seus recursos naturais, existindo povos eminentemente caçadores, que necessitam de grandes áreas para suas caças, outros com características de sedentarismo em função de suas atividades agrícolas, há ainda aqueles que vivem da pesca, daí a maior importância dada por esses povos aos rios e lagos. Esses processos têm a ver com a dinâmica demográfica, assim como a dos contatos que promovem as concentrações demográficas pela necessidade de imprimir maior facilidade à prestação de assistência e às relações de intercâmbio<sup>145</sup>.

---

agricultura, sem que divisas rígidas fossem mantidas entre aldeias, mesmo sociedades vizinhas”. (RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades Indígenas**. São Paulo: Ática, 1986, pág. 13 e seguintes).

<sup>144</sup> SANTILLI, Márcio. In: **Demarcando terras indígenas: Experiências e desafios de um projeto de Parceria. Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil**. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999, pág. 27.

<sup>145</sup> RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades Indígenas**. São Paulo: Ática, 1986, pág. 13 e seguintes.

Entretanto, é pacífico o entendimento de que seja qual for a concepção de território, seja qual for o povo indígena, não faz parte de sua estrutura de território a noção de limites nos moldes da cultura ocidental, as referências são concretas e reais como, por exemplo, rios, serras, lagos, montanhas, que são lugares que os índios consideram seus, mas não do ponto de vista físico, mas pelo seu valor simbólico, religioso e cultural.

Em face de tantas e diversas concepções de cada povo indígena a respeito do que vem a ser territorialidade, se torna compreensível as dificuldades de identificação e reconhecimento de terras indígenas pelo Estado, sejam quando realizadas por antropólogos, seja por aqueles que disputam com esses povos as respectivas áreas, ou ainda pelos responsáveis pela política oficial desses reconhecimentos, e isto se deve tanto ao considerável desconhecimento sobre esses povos, suas culturas e suas formas próprias de conceber território<sup>146</sup>.

Não se pode, quando se trata do reconhecimento dos direitos indígenas, esquecer-se as questões territoriais, pois estas estão intimamente ligadas à apropriação do seu espaço de sobrevivência, à sua organização social e, a partir dessas questões, o seu direito à diferença em relação à sociedade envolvente.

Antes da colonização, a concepção de território entre os povos indígenas é de uma relação natural com a terra, em busca de suprir suas necessidades de subsistência, além de suas relações sociais entre seus pares e as outras comunidades indígenas, e mesmo assim de forma solidária. Não existe nas culturas indígenas a necessidade capitalista da acumulação de riqueza, o que faz com que, embora não exista uma uniformidade nas relações dos povos indígenas com suas terras, ao menos esse traço da solidariedade e da não acumulação de riquezas pode se ter como um traço comum entre esses povos. Para os povos indígenas, a terra é muito mais o que um simples meio de subsistência. Ela representa o suporte da vida social e está diretamente

---

<sup>146</sup> SANTILLI, Márcio. In: **Demarcando terras indígenas: Experiências e desafios de um projeto de Parceria. Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil**. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999, pág. 29.

ligada ao sistema de crenças e conhecimento. Não é apenas um recurso natural – é tão importante quanto este – é um recurso sócio-cultural<sup>147</sup>.

A nosso ver, a questão da importância do território no que respeita as populações indígenas, é diferente de qualquer sociedade da cultura ocidental, isto em virtude de que, para que sua cultura se desenvolva e se reproduza, será sempre fundamental a existência de um espaço territorial para que isso aconteça. Quando se fala em território, quer-se falar a respeito de um tipo de ocupação, ou seja, práticas sociais que regulam o uso do espaço. Assim, o conceito de terra indígena é um conceito surgido a partir dos contatos com os colonizadores e hoje, com a sociedade envolvente, sendo eles obrigados a aceitar e criar conceitos similares em sua cultura, como forma de defender-se da ingerência e da prepotência da sociedade ocidental em seu estilo de vida.

Segundo Carlos Frederico Marés, para os povos indígenas terra significa vida, a ocupação das mesmas não se baseia nos padrões de propriedade e de uso da cultura ocidental, não são utilizadas apenas como meio de produção, apresentam-se como espaços, estão insertos diferentes modos de vida social, que na maioria das vezes não se pautam por uma ocupação intensiva.

Desta forma, vemos que existe sim, não uma, mas várias concepções diferentes, de acordo com a cultura de cada povo indígena do que vem a ser território, estando este conceito diretamente ligado às suas crenças, mitos e tradições, e não estando de nenhuma forma ligado ao conceito de território da cultura ocidental. Não resta dúvida, porém de que inexistente na cultura indígena um conceito de propriedade privada da terra; existe sim uma apropriação de seus frutos na medida em que supram as necessidades desses povos, sejam elas físicas, espirituais, etc.

#### **4 Terra indígena: Propriedade sociocultural**

---

<sup>147</sup> RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades Indígenas**. São Paulo: Ática, 1986, pág.15.

Para Little:

A multiplicidade de sociedades indígenas no Brasil, cada uma com formas próprias de inter-relacionamentos com seus territórios, formam um núcleo importante de diversidades espalhadas por todo o território nacional. Desta forma, definir territorialidade não é uma tarefa fácil, embora seja a conduta territorial uma parte integrante de todos os grupos humanos. A territorialidade é um esforço coletivo de um grupo social para ocupar, usar, controlar e se identificar com uma parcela específica de seu ambiente biofísico, convertendo-a assim em seu território<sup>148</sup>.

Para a antropologia, um território surge diretamente de condutas de territorialidade de um grupo social, e implica que o mesmo é produto histórico de processos sociais e políticos. Dentro desta visão, Paul E. Little entende que a relação proveniente dessas condutas deve ser vista sob o prisma de saberes ambientais, ideologias e identidades criadas pela coletividade, estando historicamente situados, e sendo utilizados pelo grupo para estabelecer e manter seu território; é o que ele conceitua como cosmografia<sup>149</sup>. Segundo o autor, essa cosmografia inclui o regime de propriedade, os vínculos afetivos que cada grupo mantém especificamente com seu território, a história desta ocupação guardada na memória da coletividade, o uso social que se dá a esse território, bem como a maneira como ele é defendido.

Não se pode esquecer que a resistência às invasões é fator preponderante nas formas de apropriação das diversas terras indígenas. No caso das culturas indígenas o contato, na maioria das vezes forçado, vai ditando novas regras de relacionamento dos índios com os seus territórios, questões como limites, exclusividade de ocupação e outros vão ganhando novas dimensões; a inexistência desses elementos antes da colonização passa agora a ter importância como meio de defesa e salvaguarda contra o colonizador, passando à condição de elemento unificador dos grupos. As sociedades indígenas possuem uma lógica econômica e social

---

<sup>148</sup> LITTLE, Paul E. **Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade**. Brasília: Unb, 2002, pág. 3.

<sup>149</sup> Idem, *Ibidem*, págs.3 e seguintes.

específica e completamente diferente da lógica do capitalismo; para esses povos não há que se falar em acumulação de bens e individualismo, bens como a terra são regidos pelo sistema do uso comum<sup>150</sup>.

A cultura ocidental a partir do século XIX fez surgir nas Américas a entidade política denominada de Estado-nação<sup>151</sup>, passando o conceito de territorialidade a ficar vinculado às práticas territoriais destes, com ocultação das outras formas de territórios existentes dentro do Estado, como é o caso dos territórios indígenas, o dos quilombolas, etc. A ideologia territorial do Estado-nação é fundada em fenômenos como o nacionalismo e soberania, eis o motivo ao qual reputamos as dificuldades em reconhecer os territórios sociais dos chamados povos tradicionais dentro da hoje problemática questão fundiária.

O conceito de propriedade utilizado pela cultura ocidental capitalista, como visto anteriormente, é marcadamente individualista, tem como pressuposto o direito exclusivo do proprietário ao uso, gozo e fruição, bem como de reivindicar a posse caso se encontre injustamente em poder de outro.

Nas sociedades indígenas o regime é o da propriedade comum, exercido de forma diferenciada pelos diversos povos indígenas; na maioria das vezes o acesso às terras se dá através das formas de parentesco<sup>152</sup>.

Para eles a propriedade nunca poderá ser individual, a terra pertence a toda comunidade na medida de sua necessidade. A noção de pertencimento a um lugar surge historicamente por processos não só étnicos, mas de relações com o meio onde vivem<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> Idem, *Ibidem*, pág. 5.

<sup>151</sup> “A instituição estatal pode ser definida a partir dos princípios de soberania, legalidade, legitimidade e vigilância. Sua especificidade diz respeito à reivindicação do monopólio do uso da violência legítima e da cobrança de tributos sobre um determinado território”. ALBUQUERQUE, José Lindomar C. O Estado nacional e a modernidade. Disponível em [http://www.faculdadefb.com.br/eventos/2002/revista\\_dj/ano\\_II/pg137.htm](http://www.faculdadefb.com.br/eventos/2002/revista_dj/ano_II/pg137.htm). Acesso em 17/05/2005.

<sup>152</sup> LITTLE, Paul E. **Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade**. Brasília: Unb, 2002, pág. 3 e seguintes.

<sup>153</sup> “A terra não é e não pode ser objeto de propriedade individual. De fato, a noção de propriedade privada da terra não existe nas sociedades indígenas. (...) Embora o produto do trabalho pudesse ser individual, ou, melhor dizendo, familiar, o acesso aos recursos era coletivo. (...) A terra e seus recursos naturais sempre pertenceram às

Para os povos indígenas a expressão da territorialidade não se encontra na figura de leis e títulos, como ocorre com a cultura ocidental; ela se encontra na memória de cada um de seus membros que incorporam dimensões simbólicas e identitárias nas relações desses povos com suas áreas. Os povos indígenas têm seu território ligado a uma história cultural, onde cada espaço da aldeia se vincula aos seus habitantes, se mantendo viva a memória de seus ancestrais. A terra tem para os povos indígenas diversas funções de suma importância; é o local onde se desenvolvem relações culturais, religiosas e identitárias<sup>154</sup>.

Diante de todo esse processo de ressurgimento e afirmação dos povos indígenas está existindo a necessidade da criação de novas categorias territoriais, já que não existe a possibilidade de enquadrá-las nas normas hoje existentes na legislação brasileira. As terras indígenas foram criadas pelo Estado brasileiro, para lidar com esses povos dentro do marco da tutela, que vigorou em nosso direito até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; a partir desta, a territorialidade indígena foi fortalecida com a determinação da posse permanente e do usufruto exclusivo sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas, constando esses direitos da própria Constituição, tendo por parâmetros não os conceitos da cultura ocidental, mas sim como explícito no parágrafo primeiro do artigo 231, segundo seus usos, costumes e tradições.

Da leitura do texto constitucional temos por parte do Estado o reconhecimento do direito à diferença, ou seja, da diversidade cultural indígena. Essa diversidade se traduz na certeza de que os povos indígenas não vêem a terra como simples meio de produção para sua subsistência; é nela que se desenvolvem todas as condições de sua vida social, ligam-se às suas crenças e conhecimentos, sendo por isso um recurso sociocultural<sup>155</sup> e não mercantil. Garantir o direito à terra aos povos indígenas é mais que assegurar a subsistência desses

---

comunidades que os utilizam, de modo que praticamente não existe escassez, socialmente provocada, desses recursos". (RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades Indígenas**. São Paulo: Ática, 1986, págs. 13 a 16).

<sup>154</sup> LITTLE, Paul E. **Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade**. Brasília: Unb, 2002, pág. 3 e seguintes.

<sup>155</sup> RAMOS, Rita Alcida. **Sociedades Indígenas**. São Paulo: Ática, 1986, págs. 13.

povos, é garantir um espaço de cultura para que se desenvolvam e se atualizem suas tradições, sendo sua preservação importante para a riqueza cultural desses povos, mas não só esta como também a preservação da riqueza dos recursos naturais, e principalmente os recursos da biodiversidade.

Com base nessas premissas, a defesa da posse das terras indígenas se fundamenta no respeito às formas de organização sociocultural desses povos. Em outras palavras, reconheceu o direito brasileiro a prerrogativa dos indígenas continuarem a ser índios. Para Marés:

Antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o direito de adquirir cidadania se dava pela via patrimonial, ficando dessa forma excluídos todos os não proprietários, e entre eles os povos indígenas. No caso dos povos indígenas a situação era ainda pior, pois diante do discurso da integração a situação indígena era inferior à do estrangeiro, pois a este não previa a lei a necessidade de que se aculturasse para obter a cidadania brasileira, enquanto ao índio essa era a premissa básica. Assim, ser índio era uma situação provisória<sup>156</sup>.

É também com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que se começa a construir a possibilidade do reconhecimento de direitos coletivos, e este fato deve-se ao reconhecimento do uso comum da propriedade pelos povos indígenas, embora isto não tenha significado que a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 esta diversidade e direitos passassem a serem reconhecidos integralmente.

Os direitos coletivos dos povos indígenas nenhuma comparação têm com o instituto do direito coletivo no direito ocidental, pois não são uma mera soma de direitos subjetivos individuais; pertencem ao grupo sem pertencer a ninguém individualmente, todos têm a obrigação de defendê-lo em benefício de todos, tanto que mesmo que se divida o bem em partículas, por menores que sejam, mesmo assim continuarão a pertencer a todos indistintamente, não sendo desta forma passível de alienação, sendo também imprescritível, inembargável, impenhorável e intransferível. Por esta razão vê-se que a propriedade indígena, mais que uma propriedade coletiva, é uma propriedade sociocultural.

---

<sup>156</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **As novas questões jurídicas nas relações dos estados nacionais com os índios**. Disponível em: [www.laced.mn.ufrj.br](http://www.laced.mn.ufrj.br). Acesso em 27/12/2004.

Segundo Alcida Rita Ramos, a propriedade indígena é sociocultural, em razão de que tantos e tão diversos são os conceitos de terras indígenas, variando de povo para povo, por ser um poder fundado em mitos crenças e culturas, fazendo com que os critérios de ocupação e os de defesa desta propriedade sejam diferentes para cada povo indígena. Os direitos territoriais indígenas estão intimamente ligados a direitos ambientais e culturais, pois significam a possibilidade de reprodução de hábitos necessários à manutenção de sua identidade étnica e cultural.

## **5 As terras indígenas e sua regulação jurídica: propriedade, posse, usufruto e garantias**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ocupou-se, em seu capítulo VIII – Dos índios, no artigo 231 e seus parágrafos, de regular a matéria sobre os povos indígenas e conceituar juridicamente o que vem a ser terras indígenas, e seu reconhecimento através do processo administrativo de demarcação, com vista ao cumprimento da obrigação constitucional da União de proteger e respeitar todos os seus bens, mas não se limita só ao capítulo específico, mas também em outros dispositivos como o da ordem econômica e social, em seu artigo 176 parágrafo primeiro<sup>157</sup>.

No artigo 231, *caput*, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, fez o reconhecimento jurídico do direito originário, instituto do indigenato<sup>158</sup>, desses povos às terras que tradicionalmente habitam. Isso quer dizer que o direito dos povos indígenas a suas

---

<sup>157</sup> BRASIL, Leis e Documentos. “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 176 – (...) § 1º - A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas”.

<sup>158</sup> Tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes nos primeiros tempos do Brasil - colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmada pela lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas. Ver, JÚNIOR, João Mendes. In. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912, pág. 58 a 60.

terras é anterior à criação do Estado brasileiro e a sua ordem jurídica, e como tal independe de justificação, porque sendo originário preexiste a qualquer direito, não há necessidade de direito anterior que o legitime, não há posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado. Não se trata por isso de uma aquisição por usucapião, pois este para existir necessita de um título anterior que perderá sua validade em razão de uso da propriedade por certo lapso de tempo, ou no direito contemporâneo, por não haver a propriedade, realizado a sua função social.

No direito brasileiro, a mesma Constituição que reconhece os direitos originários dos povos indígenas às suas terras determina que as mesmas não constituam propriedade destes<sup>159</sup>; são bens da União em regime especial, com destinação específica, sendo a sua posse permanente e o usufruto exclusivo das comunidades indígenas ocupantes das mesmas. Este regime especial faz com que essas terras sejam inalienáveis, impenhoráveis e os direitos sobre as mesmas imprescritíveis<sup>160</sup>, o que se impõe até mesmo contra a própria União, que sofre limitações nos seus direitos de proprietária, pois mesmo ela não poderá efetuar nenhum negócio jurídico que implique qualquer disposição ou alienação dos seus direitos sobre estas terras.

A justificação para existência desses mecanismos é a de evitar que os povos indígenas possam de alguma forma ser convencidos de que teriam algum benefício com a alienação ou disposição de suas terras, e com isso desencadear um processo de divisão e destruição da cultura indígena. É de nosso entendimento, porém, que a existência desses mecanismos tem sua justificação mais na questão do conceito de Estado-nação e dos fenômenos do nacionalismo e da soberania do que na proteção mais efetiva dos direitos indígenas.

---

<sup>159</sup> BRASIL, Leis e Documentos. “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 20 – São bens da União: XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

<sup>160</sup> BRASIL, Leis e Documentos. “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art.231 – (...) § 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”.

A atribuição do domínio das terras indígenas à União em parte se dá pela necessidade de afirmação formal pelo Estado, da soberania sobre suas terras, e de permitir ao Estado ser protagonista na defesa dos direitos indígenas. Márcio Santilli diz que a propriedade da União sobre as terras obriga o Estado a preservá-las frente a terceiros interessados, não apenas pela obrigação de defender os índios, mas também pela obrigação de defender seu próprio território <sup>161</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu princípios claros e bem definidos a serem observados por todos para determinação do que são terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, estando a base do conceito definida no parágrafo primeiro do artigo 231, fundamentando-se de forma cumulativa e simultânea, e não isolada, os seguintes elementos: serem habitadas pelos índios em caráter permanente; serem por ele utilizadas para suas atividades produtivas; serem imprescindíveis à preservação dos recursos necessários a seu bem-estar; serem necessárias a sua reprodução física e cultural. Porém, todos esses fundamentos não tomam por base elementos da cultura ocidental, mas segundo os usos, costumes e tradições indígenas<sup>162</sup>. Com isto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 faz uma mesclagem entre elementos ambientais, culturais e fundiários, com vistas a garantir uma efetiva proteção dos povos indígenas.

Apesar da determinação desses elementos como fundantes do conceito de terras tradicionalmente ocupadas, muitas interpretações diferentes são feitas, tanto pelos nossos juristas como pelo judiciário, mas esta questão será mais bem abordada em outro momento, agora queremos apenas salientar a sua existência.

---

<sup>161</sup> SANTILLI, Márcio. In: **Demarcando terras indígenas: Experiências e desafios de um projeto de Parceria. Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil**. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999, pág. 24.

<sup>162</sup> BRASIL, Leis e Documentos. “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 231 – (...) § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a seus usos, costumes e tradições”.

Ainda com vistas a uma proteção efetiva das terras indígenas<sup>163</sup>, estabeleceu a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a posse permanente e o usufruto exclusivo, fixando ainda regras para impedir a exploração das terras e seus recursos naturais, efetuadas por terceiros, condicionando essa possibilidade de exploração a leis autorizativas a serem promulgadas pelo Congresso Nacional, principalmente no que diz respeito a casos de mineração e construção de hidroelétricas. Além disso, em todos os casos exige a existência de um termo de consentimento prévio esclarecido assinado por estas comunidades, assegurando que as mesmas tenham ciência de como se desenvolverão as atividades, quais os benefícios e quais os riscos provenientes das mesmas.

Quando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata dos direitos indígenas em um capítulo próprio, demonstra a importância da manutenção e garantia dos espaços territoriais indígenas. Tanto assim o é, que no parágrafo quinto do artigo 231 veda a remoção dos índios de suas terras, salvo três exceções taxativas, condicionadas ainda ao *referendum* do Congresso Nacional, o que retira do Poder Executivo o poder discricionário em relação a qualquer ato que possa implicar na remoção dos mesmos, salvo o relevante interesse social, constante do parágrafo sexto do mesmo artigo, que deve comprovar sua necessidade com vistas a conseguir o *referendum* do Congresso Nacional. Determina ainda que, em qualquer dos casos enunciados no rol taxativo, cessado o risco, existe a obrigatoriedade do retorno dos grupos indígenas aos seus territórios<sup>164</sup>.

Notória a preocupação do legislador constituinte no tocante ao problema das terras indígenas, que para garantia do seu direito originário as terras tradicionalmente ocupadas, embora a nosso ver o direito originário por si só já deveria dar a esses povos uma garantia

---

<sup>163</sup> Usaremos o termo terras indígenas e não propriedade indígena em virtude de que esses povos, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, têm a posse permanente e o usufruto exclusivo, mas não a propriedade, pois esta é da União.

<sup>164</sup> BRASIL, Leis e documentos. “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 231- (...); § 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantindo, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco”.

máxima por originário que é, ou seja, legítimo e anterior a qualquer outro direito, mesmo assim, no mesmo artigo 231 em seu parágrafo sexto<sup>165</sup>, determinou a nulidade e extinção que qualquer ato, não provocando nenhum efeito jurídico que venha de alguma forma a confrontar-se com a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, bem como a exploração das riquezas naturais, aí se encontrando os rios e lagos, ressalvando apenas a condição do relevante interesse público da União, estando, porém, este vinculado ao disposto em lei complementar. O referido parágrafo determina ainda a inexistência do direito de ação indenizatória contra a União em decorrência da anulação ou extinção do ato, salvo para o caso de benfeitorias realizadas que derivem de ocupação de boa-fé.

A partir do reconhecimento constitucional das terras indígenas, o mesmo não se dá apenas em relação à ocupação física das áreas habitadas pelos índios, mas sim o reconhecimento em toda sua extensão, com todas as suas particularidades. Entram neste reconhecimento as terras consideradas sagradas, os cemitérios; com isto o conceito constitucional de terras indígenas identificou-se com o conceito de *habitat*, não guardando nenhuma semelhança com o conceito do direito civil.

A legislação brasileira infraconstitucional<sup>166</sup> prevê ainda mais dois tipos de terras indígenas além das terras tradicionalmente ocupadas. Existem as terras reservadas, que são aquelas destinadas pela União à posse e ocupação dos índios, podendo ser nas modalidades de reserva indígena, parque indígena, colônia agrícola indígena ou território federal indígena. O segundo tipo de terras indígenas são as terras de domínio indígena, sendo aquelas de

---

<sup>165</sup> BRASIL, Leis e documentos. “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 231 – (...) § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, rios e dos lagos, nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção do direito à indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé”.

<sup>166</sup>BRASIL, Leis e documentos. Lei 6001/73, artigo 26 e 32. “Art. 26 – (...) Parágrafo Único - As áreas reservadas na forma deste Artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas, podendo organizar-se sob uma das seguintes modalidades: a) reserva indígena; b) parque indígena; c) colônia agrícola indígena; d) território federal indígena”. “Artigo 32 - São de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil”.

propriedade plena do índio ou comunidades indígenas, e são adquiridas conforme a legislação civil da cultura ocidental através de contratos de compra, venda, doação. O Estatuto do Índio, Lei 6001/73 encontra-se hoje em vigência, porém só no que não é contrário à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou seja, toda parte referente à política tutelar anterior à mesma, e diga-se que muitos ajustes têm que ser feitos, mesmo naqueles que ainda podem estar vigendo, isto em decorrência de que esta lei remonta à época do princípio da integração, onde poucos direitos eram reconhecidos aos índios e, assim mesmo, de forma transitória, pois deixavam de existir assim que os mesmos estivessem integrados.

Foi criada ainda na legislação brasileira uma outra forma de aquisição de terras pelos povos indígenas, que é a usucapião indígena que ocorre quando o índio possuir como seu imóvel menor que cinquenta hectares por um lapso de tempo de 10 anos<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> BRASIL, Leis e documentos. Lei 6001/73, “Artigo 33 - O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena”.

## **Capítulo II – A demarcação de terras indígenas: instrumento administrativo e fundamentos jurídicos**

### **1 A demarcação de terras indígenas como exigência de proteção Constitucional**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prevê tratamento especial e diferenciado para os índios e as populações indígenas com o reconhecimento do direito originário às terras que tradicionalmente ocupam, estabeleceu ainda no mesmo artigo que compete à União demarcá-las, para que com isto possa protegê-las e fazer respeitar seus bens.

Não obstante, pode-se notar a intenção e preocupação do constituinte na proteção e reconhecimento deste direito, quando ainda na mesma Constituição, no Ato das disposições constitucionais transitórias, no seu artigo 67, determina que a União finalize a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos contados a partir da promulgação da Carta Magna de 1988, ou seja, deveria estar concluída até 05 de outubro de 1993; preocupação esta em decorrência de que da demarcação depende a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas, garantidas no texto constitucional.

Esta consciência da necessidade e urgência da demarcação não é uma novidade, ela já estava presente em lei infraconstitucional como o Estatuto do Índio<sup>168</sup>, que também estabelecia prazo de cinco anos a partir de sua promulgação em 1973 para que fosse concluído o processo de demarcação das terras indígenas. Porém, assim como no Estatuto do Índio, na Constituição brasileira de 1988 também não havia provisão orçamentária para que a FUNAI pudesse concluir este mandamento. Mas não é só a questão do orçamento; existe desde então, e mesmo após a promulgação da Lei Maior de 1988, pouca vontade política para que se cumpra o que determina o Estatuto do Índio como lei infraconstitucional, mesmo com a determinação advinda da Constituição de 1988, nossa lei maior.

Também o órgão indigenista (FUNAI), depois de décadas de uma política tutelar e integracionista, não estava preparado para elaborar e apresentar um cronograma para execução desta tarefa, assim como seus funcionários, ainda dentro da visão paternalista e integracionista, não estavam preparados técnica e politicamente para assumir o processo demarcatório.

A demarcação de terras indígenas constitui a principal demanda histórica dos povos indígenas em relação ao Estado nacional, tendo sido assim a bandeira mais agitada e visível no que se refere à questão dos direitos indígenas, e não apenas no Brasil<sup>169</sup>. Com a promulgação da Constituição da República de 1988, embora a propriedade das terras indígenas pertença à União e não aos índios, a posse e o usufruto permanente pertencem aos povos indígenas, cabendo à União o dever de protegê-las, não só a elas, mas aos seus bens, para garantir a exclusividade do usufruto de suas riquezas.

Existem várias concepções sobre a atribuição da propriedade das terras indígenas à União; aquelas de cunho tutelar e assimilacionista foram sepultadas com a Constituição da

---

<sup>168</sup> BRASIL, Leis e documentos. “Lei 6001 de 19 de dezembro de 1973, Art. 65 – O poder executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas”.

<sup>169</sup> SANTILLI, Márcio. **Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil**. In. Demarcando terras indígenas: experiências e desafios de um projeto de parceria. Organização de KASBURG, Carola, e GRAMKOW, Márcia Maria. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999. Págs. 23.

República Federativa do Brasil de 1988, e penso não mais fazer sentido a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas não pertencer aos povos indígenas, já que, como prevê a nossa Constituição, as mesmas têm seus direitos inalienáveis e imprescritíveis.

Para Márcio Santilli:

Porém, no momento em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a propriedade das terras indígenas à União, constitui também uma obrigação para a União de defendê-las contra terceiros interessados, não só em relação à defesa dos índios, mas também ao seu patrimônio, já que as terras são de sua propriedade<sup>170</sup>.

Deste modo, a demarcação de terras indígenas é um procedimento administrativo que visa delimitar o espaço tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas, sobre o qual recairá a obrigação constitucional à União de protegê-las e defendê-las, para que os índios possam efetivamente usufruir o seu direito também constitucional de exclusividade quanto à utilização dos recursos naturais nelas existentes, bem como a preservação da sua diversidade física e cultural, conforme determinação constante do *caput* do artigo 231 da Lei Maior de 1988.

Sempre que uma comunidade indígena possuir direitos sobre uma determinada área tradicionalmente ocupada, nos termos do artigo 231, §1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Poder Público terá a atribuição de identificá-la e delimitá-la, de realizar a demarcação física de seus limites, fazer seu registro na Secretaria do Patrimônio da União (SPU), e registrá-la no cartório de registro de imóveis da Comarca à qual esteja localizada a terra indígena, fazendo assim a sua regularização fundiária, protegendo-a conforme determina o artigo 231 *caput* da Constituição do Brasil de 1988.

Caso isto não ocorra, segundo o artigo 232 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, poderão os índios, suas comunidades e organizações ingressar em juízo, com

---

<sup>170</sup> Idem, *ibidem*, pág. 24.

intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo, para assegurar o seu direito originário às terras tradicionalmente ocupadas. A ação demarcatória é de fundamental importância enquanto ato do governo de reconhecimento, com vistas a precisar a extensão da posse indígena, a fim de assegurar a proteção dos limites e a regularização da questão fundiária nacional. Porém, cabe frisar que apenas reconhece, não cria; assim caso não ocorra o processo de demarcação, que é uma obrigação constitucional da União em promovê-la, mesmo assim a terra é indígena, é tradicionalmente ocupada, e não podem os índios dali ser removidos em razão do que preceitua o artigo 231, § 5º da Lei Maior de 1988.

Assim, a partir da leitura e interpretação do texto constitucional, se vê com clareza que a demarcação de terras indígenas é um processo administrativo que tem como função principal cumprir a exigência contida na Carta Magna de proteção às sociedades indígenas, suas terras e seus bens.

## **2 Decreto 1775/96: seus fundamentos e aplicações**

As linhas mestras do processo administrativo de demarcação de terras indígenas se encontram na Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), e no Decreto 1775 de 08 de janeiro de 1996, atribuindo à FUNAI a condição de tomadora da iniciativa, orientação e execução do processo, que é coordenado pela Diretoria de Assuntos Fundiários (DAF) da Fundação.

O Decreto 1775/96 dispõe sobre todo o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, onde define claramente o que é atribuição da FUNAI, as fases e subfases do processo e sua publicidade, de forma a assegurar a transparência de todo processo. Além disto, prevê ainda o referido Decreto a atribuição à FUNAI do poder de disciplinar o ingresso e trânsito de terceiros em áreas nas quais se constate a presença de índios isolados, ou que

estejam sob grave ameaça, assim como a extrusão dos possíveis não-índios ocupantes das terras administrativamente reconhecidas como terras indígenas.

O procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas inicia-se com a fase que se denomina de identificação; a FUNAI nomeia um antropólogo de qualificação reconhecida<sup>171</sup>, que realizará estudo antropológico de identificação. É a primeira fase do processo demarcatório, e já a partir desta deve a comunidade indígena ser envolvida diretamente em todas as fases do processo<sup>172</sup> para identificação e posterior delimitação da terra indígena a ser administrativamente reconhecida. O processo era tão tumultuado que a participação dos povos indígenas no processo de demarcação era relegada a mero formalismo, o que não pode ocorrer em razão de que a participação dos mesmos no processo garante sustentabilidade na ocupação e preservação do espaço demarcado.

Na fase da identificação a FUNAI designará grupo técnico composto de servidores de seu quadro funcional, INCRA e/ou da Secretaria Estadual de Terras da localização do imóvel, para a realização de estudos complementares antropológicos, etno-históricos, sociológicos, jurídicos, cartográficos, ambientais e levantamento fundiário, com o objetivo de fundamentar a tradicionalidade da ocupação da terra indígena, dentro dos critérios definidos no §1º do artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>173</sup>, atos estes necessários à conclusão da segunda fase do processo administrativo de demarcação de terras indígenas, que é a delimitação. A designação dos técnicos pelos órgãos federais e estaduais para o levantamento fundiário deverá ocorrer no prazo de vinte dias contados da solicitação

---

<sup>171</sup> BRASIL, Leis e documentos. Decreto nº. 1775, de 08 de janeiro de 1996. “Art. 2º - A demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado pela portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação”.

<sup>172</sup> Idem, Ibidem. “Art. 2º - (...) § 3º - O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases”.

<sup>173</sup> BRASIL, Leis e documentos. “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 231 – São reconhecidos aos índios (...) § 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”.

da FUNAI. No levantamento fundiário, como identificadores da delimitação, as terras indígenas podem ter como limites acidentes naturais, estradas e linhas secas, que são aqueles não definidos por estradas ou acidentes geográficos. Quando limitadas por acidentes naturais, não é executado trabalho topográfico, pois os limites são claros; são elaborados mapas com a verificação através de GPS de navegação. Quando a limitação se dá por estradas é feito levantamento geodésico e topográfico, sendo implantados marcos e placas indicativas, estabelecendo também dessa forma limites bem claros e definidos; a distância entre as placas e marcos geodésicos não pode ser superior a um quilômetro. No caso das linhas secas, também é feito levantamento geodésico e topográfico, colocação de marcos e placas indicativas, porém com abertura de picadas com três metros de largura para clarificação da demarcação. Ao final da demarcação física, é elaborado um mapa e um memorial descritivo, dentro das normas internacionais de cartografia, com as coordenadas geográficas precisas.

Segundo o Decreto 1775/96 são feitos estudos de campo em centros de documentação, órgãos fundiários municipais, estaduais e federais, cartórios de registros de imóveis, para com base nestes estudos elaborarem o chamado relatório circunstanciado de identificação, caracterizando a terra indígena a ser demarcada, conforme está definido na Portaria nº. 14 do Ministério da Justiça, e que servirá de base para as fases subseqüentes. Após a elaboração do relatório circunstanciado, cabe ao Presidente da FUNAI a aprovação dos mesmos, caracterizando a ocupação como tradicional.

Em caso de aprovação do relatório pelo Presidente da FUNAI, resumo do relatório circunstanciado deve ser publicado no prazo de quinze dias contados da data em que o recebeu no Diário Oficial da União, no diário oficial do Estado federado onde se localiza a área, e afixada cópia da publicação na sede municipal da comarca de situação da terra em processo de demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área.

A partir do início do processo administrativo de demarcação da terra indígena, até noventa dias após publicação do resumo do relatório circunstanciado nos diários oficiais da União, do Estado federado e na sede da Prefeitura da Comarca onde se localize a terra indígena a ser demarcada, sendo este prazo decadencial; poderão o Estado, Município e demais interessados manifestarem-se apresentando à FUNAI as razões, acompanhadas de provas admitidas em direito, a fim de pleitear indenização ou demonstrar vícios totais ou parciais existentes no relatório.

Com o Decreto 1775/96, que substituiu o Decreto 22/91 que regia o procedimento anteriormente, têm-se a introdução da figura do contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LV, da nossa Lei Maior, na demarcação de terras indígenas, que ocorre do início do processo administrativo da demarcação da terra indígena até o prazo decadencial de noventa dias contados da publicação do resumo do relatório circunstanciado nos diários oficiais da União e do Estado.

Transcorrido o prazo de noventa dias, caso os técnicos da FUNAI acatem alguma contestação, poderá optar pelo reestudo da área a ser demarcada, caso contrário, deverá confirmar o estudo realizado, e nos sessenta dias subseqüentes encaminhar o relatório circunstanciado, juntamente com as contestações e provas oferecidas para fundamentação das mesmas, além dos pareceres relativos às razões e provas apresentadas ao Ministro de Estado da Justiça.

O Ministro da Justiça, no prazo de trinta dias após o recebimento do relatório circunstanciado fará análise do mesmo, e decidirá declarando através de portaria o reconhecimento da terra como de ocupação tradicional indígena, e determinando a demarcação física, que é a fase de materialização da demarcação, podendo solicitar diligências que julgue necessárias, devendo as mesmas ser cumpridas no prazo de noventa dias.

Pode ainda o Ministro desaprovar a identificação, o que caso ocorra provoca o retorno dos autos à FUNAI, sendo necessário que a decisão seja fundamentada e limitada ao não atendimento ao disposto no artigo 231, § 1º da Carta Magna de 1988 e disposições infraconstitucionais pertinentes à matéria.

Confirmada a tradicionalidade da ocupação da terra indígena, o Ministro da Justiça faz a reunião de todo o material técnico, prepara toda documentação de confirmação dos limites, e envia à Presidência da República para homologação através da expedição de Decreto Presidencial.

No prazo de trinta dias após a publicação do Decreto de homologação, a FUNAI deverá proceder ao registro da terra indígena demarcada e homologada em cartório imobiliário da comarca onde a mesma se encontre, bem como na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

Concluída a demarcação e homologação, a FUNAI no exercício do seu poder de polícia deverá disciplinar o ingresso e trânsito de não-índios nas áreas demarcadas, bem como a extrusão com indenização ou reassentamento, observada a legislação pertinente.

Observe-se a confirmação de que o processo demarcatório é meramente administrativo, podendo ser visualizada situação que permite a não aprovação da identificação, apenas no caso em que, por algum motivo ou circunstância, não atenda o disposto no § 1º do artigo 231 da Lei Maior brasileira de 1988, ou seja, apenas se não atender às características que a confirmam como terras tradicionalmente ocupadas.

Assim sendo, também se observa que a redução de terra indígena no processo demarcatório caracteriza remoção, isto porque se a mesma está identificada, já é de posse permanente dos povos indígenas e a redução de uma terra que comprovadamente já lhe pertence, caracteriza remoção.

### **3 A Demarcação de Terras Indígenas: instrumento meramente administrativo de delimitação**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe uma nova definição para o que são terras indígenas, antes de sua promulgação ainda na época em que vigorava o instituto da integração; o Estado concedia temporariamente terras aos povos indígenas até que os mesmos estivessem integrados, e como pertencentes à comunhão nacional, passariam a viver sob o mesmo regime do direito de propriedade da cultura ocidental.

Promulgada a Carta Magna de 1988 foi reconhecido o direito originário dos povos indígenas às suas terras, cabendo ao Estado promover a demarcação, com o objetivo de possibilitar a proteção dos direitos dos povos indígenas no que diz respeito à posse permanente de suas terras e à exclusividade na utilização dos bens nelas existentes, além de promover a legalização fundiária.

O direito às terras indígenas tradicionalmente ocupadas<sup>174</sup> é originário, ou seja, anterior à constituição do Estado brasileiro, desta forma não existe, como constantemente se coloca na mídia, o fato de que é “muita terra para pouco índio”, pois segundo o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como salienta Márcio Santilli, “não existe terra indígena grande ou pequena, mas sim terra indígena, que pode ser ou não segundo os critérios instituídos na própria Constituição quanto à tradicionalidade<sup>175</sup>”, segundo seus usos, costumes e tradições.

Quando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece o direito originário dos povos indígenas, suprimindo a idéia da incorporação desses povos à comunhão nacional, e no seu artigo 20, inciso XI, torna as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos

---

<sup>174</sup> BRASIL, Leis e documentos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 231, § 1º.

<sup>175</sup> SANTILLI, Márcio. **Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil**. In. Demarcando terras indígenas: experiências e desafios de um projeto de parceria. Organização de KASBURG, Carola, e GRAMKOW, Márcia Maria. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999. Págs. 26.

indígenas como bem da União, traz para si a obrigação de defender não só os índios, mas também todos os bens que nelas existem, pois se trata de seu patrimônio, já que as terras lhes pertencem, conforme preceitua a Constituição.

O processo de demarcação é justamente o processo pelo qual se concretiza o reconhecimento constitucional no qual o Estado reconhece a terra indígena, identificando seus limites para que a partir deste momento possa cumprir a sua obrigação constitucional de protegê-la, juntamente com seus bens. Apesar de ser um processo administrativo de reconhecimento da propriedade originária das terras indígenas, constitui uma condição fundamental para a sobrevivência física e cultural desses povos, pois a ocupação das terras indígenas não se baseia nos padrões da cultura ocidental de propriedade e de uso.

A demarcação de terras indígenas é um procedimento meramente administrativo e tem variado historicamente. É um procedimento necessário, pois é o responsável pela proteção física e jurídica, embora a sua inexistência não deva fazer com que a proteção inexista, isto porque as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, por direito constitucionalmente originário, independe de qualquer ato ou reconhecimento oficial.

Embora processo meramente administrativo, a demarcação tem sido uma bandeira importante para os povos indígenas, e o reconhecimento desta importância se dá inclusive no plano internacional, com instrumentos como a Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº. 5051 de 19 de abril de 2004, e programas como o PPTAL que disponibilizam verba internacional a fundo perdido para custear o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, pois apesar da clareza que a Constituição determina a demarcação de terras indígenas como processo administrativo, os intérpretes de plantão, e principalmente os com posições contrárias aos interesses dos povos indígenas, tentam dar maior abrangência a suas atribuições, chegando a dar ao mesmo o condão de criar,

e não o de apenas reconhecer, o direito dos povos indígenas a suas terras tradicionalmente ocupadas que, como já visto, é um direito originário.

Não tem o processo demarcatório o condão de criar ou extinguir terras indígenas, mas apenas de concretizar um direito constitucionalmente reconhecido como preexistente, originário dos índios às suas terras, e tudo isso segundo seus usos, costumes e tradições, ou seja, com amplo reconhecimento à sua diversidade cultural, o que é bastante importante, visto que são várias etnias existentes, que falam línguas diferentes, e têm culturas diversas, com diferentes cosmologias.

## **Capítulo III – A inconstitucionalidade da remoção dos povos indígenas de suas terras**

### **1 Por uma hermenêutica constitucional e emancipatória**

Já de início cabe uma observação quanto à diferença entre interpretação e hermenêutica; a interpretação é a aplicação da hermenêutica, tendo por característica descobrir e fixar os conceitos e princípios que regem a hermenêutica. Assim, segundo Carlos Maximiliano, hermenêutica é a parte da Ciência Jurídica que estuda o processo de interpretação da lei<sup>176</sup>.

Com o positivismo jurídico, a hermenêutica clássica, apenas com sua interpretação técnica que se pauta em critérios básicos, é que pode conduzir a aplicação acertada, correta do Direito, sem que haja qualquer descumprimento de preceitos fundamentais. A tarefa daquele que interpreta a lei é extrair o real conteúdo da norma jurídica, mantendo-se sempre fiel à essência da lei.

Para auxiliar o aplicador da lei foi criada uma série de técnicas e princípios de interpretação, que permitem uma correta tradução do verdadeiro sentido da norma jurídica, tornando desta forma segura a aplicação das regras do Direito no seio da sociedade. Surgem diversas teorias e escolas, dentre as quais podemos citar a teoria subjetivista, segundo a qual

---

<sup>176</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. São Paulo: Forense, 19ª edição, 2006.

na interpretação deve ser considerada a vontade do legislador quando da elaboração da norma, que deu origem à escola da exegese e a escola restritiva das fontes tradicionais, cujo maior nome é o de François Geny. Surge também a teoria objetivista, segundo a qual na interpretação deve ser buscada a vontade normativa da lei. Estas teorias dão origem a diversas escolas, como a escola histórica, que tem como percussores Savigny e Puchta; a escola histórico-evolutiva de hermenêutica de Binding, Wach, Kohler, dentre outros; a escola da lógica do razoável de Recaséns Siches e a escola egológica de interpretação de Carlos Cossio, só para citar algumas<sup>177</sup>.

A partir de então surgem os métodos e as espécies de interpretação. Os métodos de interpretação mais conhecidos da hermenêutica tradicional são o gramatical, o lógico ou racional, o sistemático, o histórico e o sociológico; já as espécies se dividem quanto à origem, podendo ser autêntica, judicial ou doutrinária, e quanto aos efeitos, que podem ser: declarativas ou enunciativas, ampliadora ou extensiva, restritiva e revogatória.

Não se pretende nesta dissertação discorrer de forma minuciosa sobre esses métodos e espécies de interpretação, far-se-á apenas um breve relato com o intuito de demonstrar as suas limitações para o nosso tema, que é a inconstitucionalidade da redução de terras indígenas no processo demarcatório por caracterizar remoção, e o porquê da necessidade de se realizar uma hermenêutica constitucional emancipatória.

Iniciaremos pelas espécies de interpretação, definindo o que se chama de interpretação autêntica, que é uma interpretação que parte do legislador, ou seja, daquele que elaborou a lei; é uma modalidade de justificação dos atos legislativos, muito usada nas codificações, trazendo na maioria das vezes as inovações incorporadas ao texto, as fontes inspiradoras, as teorias consagradas e as referências necessárias no Direito Comparado<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. São Paulo: Forense Universitária, 5ª edição, 2002, pág.158.

<sup>178</sup> Ver, MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. São Paulo: Forense, 19ª edição, 2006.

A interpretação doutrinária é aquela que é feita pelo jurista, pelos doutores do direito, que também são chamados de cientistas do Direito, supondo-se conhecer com profundidade o Direito, podendo desta forma, amparado no seu conhecimento técnico-jurídico encontrarem o melhor caminho da interpretação; ela se apresenta através de escritos, tratados, compêndios, manuais, monografias, teses, comentários à legislação, dentre outros.

A interpretação judicial é aquela feita pelos Juízes, que são aqueles que têm por profissão a aplicação das leis, tendo obrigação de conhecê-las, pois é de sua interpretação que surgiram os efeitos práticos da norma jurídica abstrata. Sua forma de apresentação se dá através das sentenças, acórdãos, sendo seus efeitos obrigatórios para as partes que se encontram em litígio.

Quanto aos métodos a interpretação pode ser gramatical, que é aquela realizada por meio da literalidade dos dispositivos normativos, tendo como base as normas gramaticais vigentes; a maioria dos juristas defende ser o primeiro método utilizado na busca do verdadeiro significado da norma jurídica, porém não o único, nem o mais importante.

Outro método de interpretação é o Lógico ou Racional, que se subdivide em cinco argumentos: o *mens legislatori*, que procura conhecer aquilo que o legislador queria dizer ao elaborar a norma, independentemente daquilo que disse ao redigir o texto; o *mens legis*, que busca verificar aquilo que o legislador disse, não levando em consideração as suas intenções; o *ocasio legis*, que procura compreender e verificar o conjunto de circunstâncias que provocaram a criação da lei, independentemente da intenção e dos objetivos específicos do legislador; o argumento *a contrario sensu*, que verifica a conclusão pela exclusão, partindo da regra hermenêutica de que as exceções devem vir sempre expressas, de forma que aquilo que não está expressamente proibido, é permitido; e finalmente o argumento *a fortiori*, que utiliza-se da máxima do Direito segundo o qual “quem pode o mais pode o menos”.

O método de interpretação sistêmico é aquele que, para resolução de conflitos de normas jurídicas, faz o exame da norma sob a ótica da localização da mesma junto ao direito que tutela. As leis na maioria das vezes se encontram organizadas em artigos, capítulos, títulos, etc.

O método de interpretação histórico consiste em considerar o conhecimento evolutivo, histórico, em que transcorreu o processo de elaboração legislativa, buscando desta forma o verdadeiro significado da lei e do texto legal.

O método de interpretação sociológico ou teleológico é aquele que busca interpretar as leis de forma a melhor atender a sociedade a que se destina o preceito normativo.

Quanto aos resultados, a interpretação será declarativa ou enunciativa quando o legislador disser exatamente o que está escrito; é um tipo de interpretação típica do direito penal, que não permite qualquer tipo de extensão do resultado interpretativo, salvo se for *in bonam partem*; a interpretação extensiva se dá quando o legislador disse menos do que desejava devendo assim ser a interpretação realizada de maneira a estender o alcance da norma jurídica; na interpretação restritiva, de forma oposta à anterior, o legislador disse mais do que queria, e assim a interpretação deve ser realizada de maneira a restringir o alcance da norma jurídica.

É do conhecimento tanto dos operadores do direito quanto do público em geral que as instituições denominadas Estado e Direito se encontram em crise, fato este com conseqüente reflexo na sociedade. Isto decorre do fato de que, no momento histórico atual, o Estado deve ter como princípio garantir o bem-estar social, na busca do mínimo necessário para que seus membros obtenham a dignidade da pessoa humana, sendo o Direito um dos instrumentos que proporcionam os meios para garantir e instrumentalizar essas conquistas, embora até o momento não tenham desempenhado a contento os seus papéis, o que ocorre não por falta de

instrumentos legais ou administrativos, mas por falta de uma vontade política de utilizar os meios existentes.

“A modernidade rompe com o medievo e fez surgir o Estado Moderno<sup>179</sup>”, em primeiro momento absolutista, depois passando a liberal, seguindo sua transformação até chegar ao Estado Contemporâneo que se apresenta de diversas formas, formas estas que Lenio Luiz Streck denomina de “variadas faces”. A mais evidente é o Estado intervencionista, que amplia suas funções tornando-se tutor e suporte da economia, afastando-se da proteção da esfera privada, assumindo uma conotação pública, em defesa do bem comum e das minorias. Ao fazer isto se coloca de forma contraditória, tentando conciliar a defesa da acumulação do capital com a proteção dos interesses dos trabalhadores, que são interesses antagônicos, quase inconciliáveis, pelo menos na atual ótica capitalista do lucro pelo lucro. Nesta tentativa de conciliação, o Estado acaba defendendo o capital contra as revoltas operárias, o que se contrapõe ao princípio da igualdade de todos perante a lei<sup>180</sup>.

O Estado Liberal surgiu do triunfo da burguesia contra as classes privilegiadas do antigo regime, sendo o Estado altamente abstencionista, de forma que ficam livres as forças econômicas, o que beneficia o desenvolvimento do capitalismo. A partir do fim da primeira grande guerra, há o abandono da postura abstencionista por parte do Estado, e surge o chamado Estado Social, que tem por princípio proteger os interesses da classe burguesa, intervindo não só nas relações econômicas, mas também nas fases de produção e distribuição de bens<sup>181</sup>.

O Estado continua passando por transformações, assumindo posições de Estado Social ou Estado Providência, tudo na tentativa de compatibilizar as promessas advindas da modernidade com o regime capitalista. A ideologia neoliberal faz surgir a globalização, onde

---

<sup>179</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. pág. 20.

<sup>180</sup> Idem, *Ibidem*, pág.22.

<sup>181</sup> Idem, *Ibidem*, pág. 23.

o Estado agora assume outra postura, a de Estado Mínimo, com uma descentralização dos foros de negociação. O Estado Providência, ou Estado Social, na realidade privilegia apenas as elites, deixando as camadas menos favorecidas da sociedade em uma verdadeira negligência social, a partir de privatizações que loteiam ao capital internacional os monopólios e oligopólios da economia<sup>182</sup>.

Segundo Lenio Luiz Streck:

No Brasil, torna-se cada vez mais evidente que a política social deve ser uma responsabilidade do Estado, assim, diante da miséria que se avoluma, torna-se ele o único agente capaz de erradicar as desigualdades sociais, e quando mais se precisa que o Estado atue, o mesmo assume uma postura abstencionista. Essas atitudes colocam o Estado brasileiro na contramão do estabelecido em seu ordenamento jurídico constitucional, que o delinea como sendo um Estado forte com capacidade e dever de intervir e regular as ações necessárias para a consecução das promessas do Estado Moderno, utilizando-se para isto dos princípios do Estado Democrático de Direito<sup>183</sup>.

Hoje o Brasil enfrenta uma crise de legalidade, por inefetivas que se encontram as leis ordinárias, mas não só estas, como também a própria Constituição. Isto decorre da alegação de que alguns dispositivos constitucionais, para terem sua eficácia contida por aqueles que não desejam uma mudança no *status quo*, são apenas normas programáticas, e como tal não possuem efetividade por si só, necessitando de regulamentações por leis ordinárias, “que pela inércia dos legisladores por diversas razões sociais, políticas e econômicas, nunca se realizam, fazendo de alguns importantes institutos constitucionais letras mortas<sup>184</sup>”.

Ainda nas palavras de Lenio:

Diante deste panorama o Direito é visto e se comporta como uma racionalidade instrumental, o que não pode e não deve ocorrer. A modernidade não pode ser vista independentemente do bem-estar coletivo (social), da necessária qualidade de vida.

---

<sup>182</sup> Idem, Ibidem, pág. 25.

<sup>183</sup> Idem, Ibidem, pág. 24.

<sup>184</sup> Idem, Ibidem, pág. 27.

A partir da concepção do Estado Democrático de Direito, o direito deve ser visto sim como instrumental, mas não de uma racionalidade e sim de transformações sociais, é preciso livrar-se do seu modo liberal-individualista-normativista de produzir direito passando a produzir resoluções de conflitos transindividuais, coletivos, difusos, etc.<sup>185</sup>

O nosso direito ainda é predominantemente individualista, onde até os direitos coletivos são vistos como meios de satisfazer necessidades individuais, tanto que são sujeitos coletivos aqueles que representam interesses e vontades dos indivíduos que os formam. Os manuais já trazem um rol significativo de respostas prontas e rápidas, com um grau de abstração que exclui da apreciação do direito as necessidades complexas da convivência social. A nossa magistratura é treinada para se deparar com várias formas de ações, porém não para entender o contexto onde elas se desenvolvem, estando apegados a um formalismo procedimental e burocrático, que alegam ser impessoal, para garantia da certeza jurídica e da segurança do processo.

Daí a grande dificuldade encontrada hoje pelos magistrados quando se deparam com situações do tipo direito coletivo, direitos difusos, direitos indígenas, direitos das minorias, pela incapacidade para interpretar os novos conceitos advindos do Estado Democrático de Direito, que não se encaixam dentro do seu “capital simbólico<sup>186</sup>”. É justamente em decorrência desta incapacidade de interpretação, que vários institutos jurídicos foram redefinidos, e em virtude dessa redefinição muitos se tornaram ineficazes, como por exemplo

---

<sup>185</sup> Idem, *Ibidem*, pág. 33.

<sup>186</sup> O capital simbólico se constitui de um conjunto de crenças e práticas que propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas, o que faz do exercício do operador jurídico um mero *habitus*, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, uma riqueza reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos. FARIAS, José Eduardo. **Justiça e conflito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pág. 91.

“o mandado de injunção, a substituição processual, a tutela emancipatória contra o Poder Público, dentre outros<sup>187</sup>”.

A partir desta situação o problema é: existe uma sociedade que necessita da realização dos direitos que se encontram constitucionalmente garantidos, porém eles não encontram aplicação efetiva, pondo em cheque o papel do Direito diante das complexas necessidades das sociedades. A partir da noção de Estado Democrático de Direito, a lei que na ótica das formas de Estado anteriores era um simples instrumental, passa a ser um instrumento pelo qual o Estado atua concretamente na sociedade, na tentativa de solução de conflitos complexos gerados pela mesma, tendo o direito como instrumento de transformação social.

Dentro desses direitos constitucionalmente garantidos se encontra o de não remoção dos povos indígenas de suas terras (artigo 231 § 5º), salvo em situações específicas, como garantia de seu direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, uma garantia que passa pela necessidade de uma interpretação de questões como o direito coletivo, direito de minorias, direito à diversidade, dentre outros.

Segundo Lenio Streck:

O surgimento do Estado Democrático de Direito faz pressupor a valorização do Direito, mas para que esta valorização se concretize é necessária uma rediscussão do papel do Judiciário dentro desse novo quadro criado a partir dos direitos coletivos, transindividuais, difusos, das minorais, estando neste último incluso os direitos dos povos indígenas<sup>188</sup>.

O Estado Democrático de Direito surge como uma síntese das fases anteriores porque, pensou o Estado, seria como uma tentativa de suprir as deficiências anteriores, e como uma forma de resgate das promessas da modernidade que, no caso de países como o Brasil, ainda não aconteceram<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pág. 34.

<sup>188</sup> Idem, *Ibidem*, pág. 36.

<sup>189</sup> Idem, *Ibidem*, pág. 35.

O Estado Democrático de Direito privilegia princípios como a igualdade, justiça social e garantia de direitos humanos fundamentais, estando mesmo de forma indissociável ligadas à realização destes. Dentro desses parâmetros o Judiciário tem uma função especial, que bem se destaca nas palavras de Luiz Werneck Viana, quando diz:

‘...mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o judiciário deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente’<sup>190</sup>.

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante direitos de uma forma ampla, porém, diante da incapacidade do Poder Judiciário em fazer uma correta e emancipatória interpretação da Carta Magna, não se tem o direito como um instrumento de transformação social, mas sim como um protetor dos direitos individuais, colocando os mesmos acima dos direitos coletivos das comunidades, dando novas definições a partir de interpretações dos institutos jurídicos trazidos pela Lei Maior, tornando-os ineficazes e com isso gerando o que Lenio Luis Streck denomina de crise de legalidade em nosso direito pátrio. É necessário que a lei seja utilizada como instrumento de transformação social, passe a ser interpretada de forma à realização dos direitos coletivos, como é o caso do direito indígena, como forma de realização da dita função social do Estado, como representação do Estado Democrático de Direito.

No quadro que se apresenta é necessário um repensar do papel dos operadores do direito, sejam juristas, advogados, magistrados, acadêmicos, doutrinadores. Não se pode mais, diante das complexas relações sociais, utilizarem-se modelos pré-fabricados de decisões constantes dos manuais, onde os operadores apenas utilizam a conhecida regra da subsunção do fato à norma.

---

<sup>190</sup> VIANA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, pág. 23.

Como se pode observar na Constituição Brasileira, a noção de Estado Democrático de Direito está intimamente ligada com a questão dos direitos fundamentais, tendo em vista o resgate de condições como a igualdade, justiça social, garantia dos direitos humanos fundamentais.

No Estado Democrático de Direito o papel do Judiciário passa a ser, ou pelo menos assim deveria ser, o de suprir a inércia ou falta de atuação do Executivo e do Legislativo, com a utilização dos instrumentos constitucionais como o mandado de injunção, a antecipação de tutela, dentre outros, nos casos em que, por falta de políticas públicas, as normas programadas da Constituição não estivessem sendo implementadas. Não só nestes casos, como também quando ações do Executivo e do Legislativo representem retrocesso no que diz respeito aos direitos sociais, coletivos, difusos, e outros direitos constitucionalmente garantidos.

Os pilares da cultura ocidental fundam-se no individualismo, daí a grande dificuldade do Poder judiciário em justificar a existência de direitos coletivos. A modernidade reconheceu o indivíduo como fundamento e fim de toda organização coletiva<sup>191</sup>. Dentro desta perspectiva, o Judiciário necessita de uma ação concreta, com a finalidade de garantir um Estado mais justo, capaz de erradicar a pobreza e garantir a igualdade de todos perante a lei, o direito das minorias, etc., servindo como meio de resistência contra os retrocessos ou ineficácias, tanto dos direitos individuais quanto dos coletivos.

No Brasil isto não acontece, e o Judiciário brasileiro não tem cumprido a sua função social, daí José Ribas Vieira dizer que o direito vive uma crise em razão do descompasso entre sua atuação e as necessidades sociais<sup>192</sup>; daí a crise de legalidade existente.

A Constituição do Brasil de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, porém o Judiciário brasileiro continua ainda como uma simples instituição encarregada da administração da lei, não tendo assumido a sua condição de instrumento de mudanças sociais.

---

<sup>191</sup> Ver, CALERA, Nicolas López. **Sobre los derechos colectivos**. In.: Una discusión sobre derechos colectivos. Madri: Editorial Dykinson, 2001, pág. 17.

<sup>192</sup> VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1995, pág.111.

Os aplicadores do direito assumem desde há muito tempo uma postura de técnicos diante de um direito positivado, não valorizando a explicação, compreensão e orientação dos comportamentos jurídicos; se preocupa, sim, com a tipificação e sistematização de situações normativas hipotéticas, do império da lei<sup>193</sup>.

É a partir desta postura que se cria o chamado capital simbólico<sup>194</sup> que Warat denomina de senso comum teórico dos juristas<sup>195</sup>, como um conjunto de saberes acumulados que o autor diz cumprir quatro funções, quais sejam: a função normativa, através do qual os juristas atribuem significação aos textos jurídicos; a função ideológica, como cumpridora de uma tarefa de socialização dos valores jurídicos e sociais; a função de retórica, que tem a tarefa de efetivar a função ideológica; e, por último, a função política, que visa assegurar as relações de poder<sup>196</sup>. Esse “senso comum teórico” engessa as possibilidades interpretativas, pois se resume a uma discussão periférica dentro de um limite hermenêutico prefixado. São esses limites hermenêuticos que, como já visto, criam as dificuldades interpretativas ante os direitos coletivos, difusos, das minorias, dentre outros.

Esse senso comum teórico faz com que os métodos de interpretação utilizados estejam fora das realidades sociais; importante é a segurança jurídica e sua certeza, a neutralidade. Lenio chama isso de “boa hermenêutica<sup>197</sup>”, pouco importando o que realmente acontece com a sociedade e o que ela espera do judiciário como resposta às injustiças, ou garantia de efetividade dos comandos constitucionais.

Os magistrados brasileiros, em sua grande maioria, engessados pelo chamado “senso comum teórico”, demonstram pouca preocupação com a melhor solução dos conflitos que se

---

<sup>193</sup> Ver, FARIA, José Eduardo. **O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas**. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995.

<sup>194</sup> Ver nota 11.

<sup>195</sup> Ver, WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

<sup>196</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995, pág.82.

<sup>197</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pág 76.

travam na sociedade, mas apenas se a decisão está nos parâmetros da juridicidade, tudo se resolvendo dentro da abstração jurídica, da neutralidade. No dizer de Wilson Ramos Filho:

Assim, aplicando apenas o que diz a lei, ou seja, fazendo uma interpretação literal da mesma, os magistrados eximem-se da responsabilidade do resultado alcançado, mantendo dessa forma a predominância dos interesses das camadas dominantes<sup>198</sup>.

A cultura jurídica brasileira está calcada em manuais, que por sua vez se resumem em comentários jurisprudenciais que não levam em conta os contextos nos quais os conflitos sociais ocorrem. Baseia-se a partir de raciocínios lógicos formais, que deixam a impressão irreal de que a realidade possa se subsumir à cultura do positivismo. O resultado é um direito que se aliena à realidade social, que tem a pretensão de que todos os problemas de uma sociedade cada vez mais complexa possam encontrar respostas e soluções nas normas abstratas existentes em seus manuais.

Segundo Lenio Luiz Streck:

A desconexão da ciência jurídica com a realidade social é patente quando, para explicar o estado de necessidade, os professores usam o caso de um naufrágio em alto-mar em que duas pessoas sobem em uma tábua, que podendo suportar apenas o peso de uma delas, gera uma disputa, e nesta um deles é morto. Está assim presente uma excludente de ilicitude em razão da necessidade do direito de proteção da própria vida. Um caso bastante surreal. O citado autor indaga por que motivo, ao invés de usar tal caso como exemplo, não se utiliza de um mais real como o caso de um menino pobre que adentra um supermercado para subtrair um pacote de bolacha a mando de sua mãe, que não tem o que comer em casa? Este é só um exemplo, porém os nossos manuais jurídicos estão repletos de exemplos que não têm nenhum contato com a realidade, utilizando-se de personagens como Cáio, Tício e Mévio dentre outros<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> RAMOS FILHO, Wilson. **Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo**. In: Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar. MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho. Curitiba: Edibej, 1996.

<sup>199</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pág 84.

A partir deste pensamento, vemos que fica patente a dificuldade da ciência jurídica em lidar com relações sociais complexas, tanto assim que, em nossos cursos jurídicos, nos deparamos com petições e sentenças que nada mais fazem do que, em sua quase totalidade, reproduzir jurisprudências e pareceres de doutrinadores de forma padronizada, sem levar em consideração as singularidades de cada caso, como se as relações sociais quotidianas não tivessem nenhuma influência nas tramas sociais.

Com base no que já se expôs, Lenio diz que o Judiciário consegue enfrentar e resolver com eficiência aqueles conflitos que são rotineiros, repetitivos, que poderíamos até chamar de simples, e que se encontram definidos nos manuais, que fazem parte do “senso comum teórico”. O problema se apresenta de forma mais patente quando surgem fatos/situações que não estão elencados nos modelos colocados pelos manuais; aí o modelo vigente do direito brasileiro utiliza-se de orientações interpretativas, que provocam uma redução da sua atividade como agente capaz de promover a administração da justiça, principalmente a justiça social. Entre essas orientações interpretativas pode ser citado o princípio da legalidade e da estrita legalidade, como fundamento da constitucionalidade<sup>200</sup>.

Isto faz com que o poder Judiciário se exima da responsabilidade pelos resultados consequentes de suas decisões, deixando para o Legislativo e Executivo a responsabilidade pois, segundo esta visão, ao Legislativo cabe a criação das leis segundo os fatos presentes, e ao Executivo a implementação das mesmas, ficando ao Judiciário apenas a subsunção do fato à norma, e isso dentro da abstração e neutralidade que lhe é peculiar. É o princípio da ideologia da fidelidade à lei, o positivismo de Kelsen.

É necessário, para se pôr termo a crise vivida pelo direito na atualidade, que o jurista deixe de ser apenas um intérprete reproduzidor do que se chama de “verdadeiro sentido da lei”, passando a ser produtor do sentido que mais convenha e se aproxime do interesse social, dos

---

<sup>200</sup> Idem, Ibidem, pág. 94.

princípios advindos da criação do Estado Democrático de Direito. Isto ocorre porque as tentativas de universalização do sentido das leis não se coadunam com a complexidade das relações da sociedade, pois cada situação possui suas particularidades, que não podem ser universalizadas por particulares que são, nem se pode deixar de levar em consideração, pois são decisivas para o resultado da justiça que leve em conta as questões sociais.

São diversas as teses sobre a interpretação das leis: a mais utilizada até os nossos dias é a interpretação literal, da letra da lei, que busca o sentido das palavras que a compõem em si<sup>201</sup>; Outra tese é a *mens legislatoris*, que é a de descobrir os valores que foram consagrados pelo legislador quando da elaboração da norma<sup>202</sup>, só para citar algumas. Esses modelos de interpretação, embora tenham uma grande importância quando do ato interpretativo, não podem mais ser vistos de forma isolada. As tramas sociais exigem muito mais do que uma simples interpretação literal, ou busca da vontade do legislador, que segundo esse modelo, parece um ser superior e supremo, capaz de, dentro do princípio da abstração universalizante do direito, determinar com exatidão todas as possibilidades de atos e fatos decorrentes da convivência social.

As críticas quanto à utilização isolada destes modelos é antiga, e de certa forma já se encontra ultrapassada. Só em nível de ilustração, Paulo de Barros Carvalho já criticava a utilização isolada da chamada interpretação literal em 1985, quando disse:

O desprestígio da chamada interpretação literal, como critério isolado de exegese, é algo que dispensa meditações mais sérias, bastando argüir que, prevalecendo como método interpretativo do Direito, seríamos forçados a admitir que os meramente alfabetizados, quem sabe com o auxílio de um dicionário de tecnologia, estariam

---

<sup>201</sup> Ver, MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. São Paulo: Melhoramentos, 2003.

<sup>202</sup> Ver, FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, pág. 162.

credenciados a descobrir as substâncias das ordens legisladas, explicitando as proporções do significado da lei<sup>203</sup>.

Não se pretende aqui esgotar o tema da interpretação e hermenêutica jurídica, nem escrever um tratado, apenas mostrar alguns pontos relevantes, questionamentos e fazer um contraponto com o que Luiz Lenio Streck denomina de busca de uma nova visão e paradigmas como forma de buscar a saída para a crise em que se encontra o direito<sup>204</sup>.

A modernidade não conseguiu a concretização da chamada igualdade formal em razão do crescimento das desigualdades sociais, que só cresceram ante a visão capitalista da acumulação de riquezas, onde as classes ricas ficam cada vez mais ricas e as pobres cada vez mais pobres, tornando cada vez maior o fosso existente entre as classes sociais. Nesta fase, o direito é utilizado como instrumento não de transformação social, mas sim com sua abstração e neutralidade, tornando-se assim um obstáculo às mudanças sociais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu texto instrumentos para a concretização do Estado Democrático de Direito, criando um espaço capaz de concretizar os direitos sociais através das atividades do Judiciário, embora a maioria dos direitos previstos na carta constitucional, não encontrem efetividade no ordenamento jurídico pátrio, isto em decorrência de que a ciência jurídica se limita a reproduzir interpretações prévias que são colocadas pela dogmática jurídica<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1985, pág. 58.

<sup>204</sup> Para maiores informações sobre hermenêutica tradicional ver: BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7ª edição. São Paulo: Renovar, 2003; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004; FRIENDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002; BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002; BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>205</sup> Ver, STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pág 236.

Para que o direito saia da crise em que se encontra, é necessário que os operadores jurídicos assumam a condição não apenas de reprodutores de uma dogmática criada pelos hermeneutas, mas assumam a condição também de criadores<sup>206</sup>.

Para que essa mudança aconteça e seja superada a crise enfrentada pelo direito, é necessário que ocorram alterações no discurso e na prática dos operadores do direito, derrubando paradigmas que levam ao chamado senso comum teórico, passando a ter uma atividade criativa e criadora na interpretação jurídica, aproximando-a da realidade social e dando efetividade aos instrumentos constantes da Constituição, para assim concretizar o Estado Democrático de Direito, conseguindo desta forma alcançar valores da justiça social e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.

Segundo José Eduardo Farias:

O senso comum teórico dos juristas faz com que a crise se aprofunde, em razão de que normas inovadoras como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Execuções Penais, as chamadas normas constitucionais programáticas como, o direito à saúde, a função social da propriedade, dentre outras, não sejam plenamente concretizadas em razão da omissão do Poder Judiciário, poder esse autônomo, soberano e independente<sup>207</sup>.

Para Lenio Luiz Streck:

A construção de uma razão emancipatória para o direito deve ter a visão de que a Constituição é um espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade; é a materialização da ordem jurídica e do contrato social, colocando à disposição os mecanismos para concretização do conjunto de objetivos traçados em seu texto normativo, que dentro dos princípios do Estado Democrático de Direito

---

<sup>206</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a democracia no Brasil**. Disponível em <http://www.usp.br/revistausp/n21/fcelsotexto.html>. Acesso em 24/06/2006.

<sup>207</sup> FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas**. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995.

farão o resgate das promessas da modernidade que, especificamente no Brasil, nunca se concretizaram<sup>208</sup>.

Assim os princípios valem como regras, como valores fundantes que governam a Constituição e a ordem jurídica; isto pela importância que assumem dentro dos ordenamentos jurídicos, que têm o condão de fundamentar a hermenêutica feita pelos tribunais, dando legitimidade aos preceitos da ordem constitucional. Segundo Baracho, “devem ser os princípios analisados ao lado dos princípios supremos da constituição material, reforçando a aplicabilidade da Constituição<sup>209</sup>”.

A violação de um princípio configura uma grave transgressão da ordem jurídica<sup>210</sup>, uma ruptura do ordenamento jurídico constitucional, estando esta gravidade patente em razão de que todos os dispositivos constitucionais são vinculativos e têm eficácia. De acordo com Canotilho, não há normas programáticas, diferentemente do que assinala a doutrina tradicional, que vê essas ditas normas como simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, sendo assim desprovidas de vinculariedade.

---

<sup>208</sup> Ver, STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pág 246.

<sup>209</sup> Ver, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e garantias constitucionais e processuais**. In: Revista de Informação legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 23, n.º 1, jul. - set.

<sup>210</sup> Lamentavelmente estamos mais afeitos a trabalhar com o direito infraconstitucional, por exemplo, ao Código Civil do que a texto da Constituição e sua principiologia. Longe estamos, ainda, de ler o Código de processo penal à luz da Constituição, embora esta já esteja em vigor há 15 anos. Temos dificuldades em aplicar o princípio da proporcionalidade no direito penal. E o que dizer da área dos direitos trabalhistas, no qual o TST, mediante o enunciado 310, proibiu a substituição processual? Observe-se, por outro lado, que o STF não conhece RE fundado na violação de princípios que estejam colocados em leis ordinárias, como é o caso do direito adquirido. Na espécie, em havendo invocação no RE do aludido princípio, o Supremo Tribunal não conhece do mesmo, sob o argumento de que se trata de uma “inconstitucionalidade reflexa”, uma vez que violado, de fato, teria sido a Lei de Introdução do Código Civil... Nesse sentido vem bem a propósito o dizer de Dalmo Dallari, segundo o qual, muito embora tenhamos calcado nosso constitucionalismo no modelo norte-americano, mormente o que tange ao controle jurisdicional de constitucionalidade, na prática seguimos a vertente do constitucionalismo resultante da revolução de 1789, para a qual a Constituição era considerada uma revelação de intenções, um código das relações públicas, dando-se maior valor ao Código Civil, instrumento que regulava as situações privadas. Como contraponto, enquanto nossos Tribunais negam a aplicação dos princípios jurídicos, mormente o de âmbito constitucional, tem juristas que sustentam o cabimento até mesmo de recurso especial por violação de princípio jurídico. Neste sentido asseveram que o cabimento de recursos de natureza extraordinária, não prescinde do conflito a respeito da vigência do preceito de algum ordenamento jurídico federal, objetivamente estabelecido na causa, perante a justiça ordinária ou, até mesmo, em casos especiais, quando a chamada questão federal tenha surgido por ocasião de algum julgamento no STJ, a que se atribua negativa de vigência a preceito constitucional. É possível, haver violação de direito federal quando se nega a aplicação a determinado princípio, recebido pelo ordenamento jurídico, como critério vetor no domínio da hermenêutica legal. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Recurso Especial por violação de princípio jurídico**. In: Revista dos Tribunais n.º 738, págs. 101-111.

Assim, afirma Canotilho que:

Hoje é reconhecido o valor jurídico constitucional dessas normas, sendo idêntico a todos os demais preceitos da Constituição. Sua positividade jurídica decorre da vinculação do legislador à realização constitucional; vinculação dos órgãos legislativos, executivos e judiciários, que devem levá-las em consideração em qualquer momento de suas atividades concretizadoras; e finalmente impõem limites negativos, visto que permitem ações de inconstitucionalidade em relação a atos que as contrariem<sup>211</sup>.

A forma emancipatória da interpretação constitucional passa por reconhecer outras formas de direção política que vão desde modelos regulativos típicos da subsidiariedade até modelos de autodireção social, passando por formas de delegação conducente, até chegar as regulações descentradas e descentralizadas. Mesmo que as constituições continuem a ser a magna carta de identidade nacional, o “constitucionalismo reflexivo”, proposto por Canotilho, consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz, por outra fórmula que permita completar o projeto de modernidade. Ainda segundo Canotilho, “a lei dirigente deve ceder lugar ao contrato que tem por premissa remover as desigualdades, promover a tolerância e diálogos entre culturas, e tem a democracia como governo<sup>212</sup>”.

Canotilho aponta que:

As chamadas normas constitucionais programáticas, que a doutrina nacional diz não ter qualquer força vinculativa e, portanto, não têm eficácia plena, quando as mesmas normas se encontram em tratados internacionais, como, por exemplo, as que tratam da igualdade entre homens e mulheres, os direitos dos povos indígenas, a igualdade real e a coesão econômica e social, os direitos dos trabalhadores, e tantos outros, passam a ser imperativos<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª edição, Coimbra: Almedina., 1989, pág. 132.

<sup>212</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política n.º 15, págs. 15 – 17.

<sup>213</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Jacinto N. M. Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, págs. 13 e segs.

Daí porque Canotilho questiona os motivos pelos quais estas normas consagradas em uma Constituição Nacional, têm uma “maldade congênita” e, no entanto, quando consagradas em tratados internacionais, têm uma “bondade natural”.

Lenio Luiz Streck diz:

No plano da hermenêutica, como um contraponto à teoria tradicional que (ainda) adota a classificação dos dispositivos constitucionais em programáticos, de eficácia limitada, contida ou plena, é possível dizer que não há um dispositivo constitucional que, em si mesmo, seja programático ou de eficácia limitada ou plena. O texto constitucional é/será aquilo que o processo de produção de sentido estabelecer como o arbitrário juridicamente prevalecente<sup>214</sup>.

O que se busca com a visão emancipatória de interpretar a Constituição é colaborar para um novo debate jurídico que estabeleça parâmetros realizáveis e juridicamente aceitáveis, para a completa inclusão social e cultural das populações indígenas que ao longo do tempo têm sido desrespeitadas em seus direitos humanos, civis, econômicos, sociais, políticos e culturais. Essa interpretação emancipatória a ser realizada prioritariamente pelo Estado brasileiro, com a participação do Judiciário, deverá realizar as perspectivas e objetivos encontrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o Estado Democrático de Direito, fazendo surgir a igualdade real e assim acabar a existência de cidadãos e cidadanias de diferentes valores no Brasil<sup>215</sup>.

Na atualidade, comprova-se que a atuação do judiciário brasileiro diante dos direitos indígenas consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, se em momentos foi o de garantir os avanços alcançados, em outros, utilizando-se do senso comum

---

<sup>214</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pág 250.

<sup>215</sup> Fernando Dantas informa que a cidadania indígena deve expressar um repensar das noções clássicas de sociedade, de Estado e de direito, e consequentemente, do próprio conceito de cidadania, buscando dialogicamente a inserção pela participação democrática da pluralidade de sujeitos diferenciados indígenas desde seus contextos e identidades particulares, no contexto maior do Estado. DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **A “cidadania ativa” como novo conceito para reger as relações dialógicas entre as sociedades indígenas e o Estado multicultural brasileiro**. In. Hiléia – Revista de direito ambiental da Amazônia, ano 2, n.º 2. Manaus: Edições Governo do Estado do Amazonas/Secretaria de Estado da Cultura/Universidade do Estado do Amazonas, 2004, págs. 215 a 229.

teórico, que lhes eximem da responsabilidade do resultado alcançado, foram feitas interpretações que distorcem tais direitos, consagrando um desrespeito ao texto constitucional.

Esta postura de parte do judiciário nacional traz em suas decisões um conceito clássico de cidadania onde os índios, para igualarem-se aos cidadãos da cultura ocidental, que não lhes trariam ganhos, se tornariam emancipados, deixando de ser índios, tornando-se assim civilizados, tendo que se descaracterizar culturalmente<sup>216</sup>.

J. J. Gomes Canotilho diz:

A sabedoria da Constituição (...) não reside em nenhuma opinião estática que se havia tido num mundo que (já) esteja morto e (já) se foi, mas (sim) na adaptabilidade dos seus grandes princípios para fazer frente a problemas correntes e a necessidades atuais <sup>217</sup>.

Partindo dessa premissa, tendo a igualdade material, e não apenas conceitual, como meta do texto constitucional de 1988, tudo com vistas à consecução do Estado Democrático de Direito, deverá ser escolhido o paradigma jurídico que possa absorver as novas idéias de justiça que compõem a idéia de igualdade substancial entre os indivíduos, seja qual for sua etnia. Assim sendo, uma interpretação que privilegie e objetive os princípios constitucionais deverá levar em conta os mesmos, adequando a realidade social e cultural de todas as etnias que compõem o Estado brasileiro aos valores e compromissos que se encontram elencados na Constituição.

A Constituição brasileira de 1988 traz em seu texto o anseio de transformação, com vistas a configurar uma nova identidade nacional, onde todos os atores sociais possam estar representados e tratados igualmente, porém sendo respeitadas as disparidades e diferenças sociais criadas pelo processo social discriminatório da cultura ocidental.

---

<sup>216</sup> DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A “**cidadania ativa**” como novo conceito para reger as **relações dialógicas entre as sociedades indígenas e o Estado multicultural brasileiro**. In. Hiléia – Revista de direito ambiental da Amazônia, ano 2, n.º 2. Manaus: Edições Governo do Estado do Amazonas/Secretaria de Estado da Cultura/Universidade do Estado do Amazonas, 2004, págs. 215 a 229.

<sup>217</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Jacinto N. M. Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 1.

A interpretação constitucional, chamada emancipatória, criada por Lenio Luis Streck, deverá estar sempre ligada à consecução de princípios universais de direitos humanos, à indivisibilidade dos direitos fundamentais, fazendo com que inexista a figura de cidadãos com meia cidadania. A Constituição do Brasil de 1988 estabelece como objetivo do Estado a justiça social, a democracia plural e a multiculturalidade, quando em seu texto prega o respeito à diversidade cultural como a dos povos indígenas e das sociedades quilombolas.

### **1.1 O reconhecimento constitucional do direito originário às terras e a aplicação da norma constitucional**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu capítulo VIII, cuidou especificamente dos Índios, o que não ocorreu de forma pacífica durante todo o processo da Assembléia Nacional Constituinte, havendo diversos embates entre os que se intitulavam pró-índio e os contrários, como já foi visto.

Como produto final temos, na ordem constitucional atual, os artigos 231 e o artigo 232, que tratam de forma bastante abrangente as questões dos direitos indígenas, trazendo grandes inovações quanto ao reconhecimento de seus direitos à diversidade étnica e cultural, além do reconhecimento da sua capacidade em ser parte legítima para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, abolindo definitivamente a ideologia assimilacionista e de integração, através da tutela incondicional do Estado.

O artigo 231 *caput* enuncia o reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, ou seja, o reconhecimento da identidade cultural própria e diferenciada dos povos indígenas. Nas Constituições anteriores já constava o direito a terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, porém a grande inovação é o reconhecimento do direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, porque

embora constante das legislações luso-brasileiras desde o Alvará de 1º de abril de 1680, através da figura do *indigenato*<sup>218</sup>, em nível constitucional, só a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconheceu o direito congênito e originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. A partir deste reconhecimento constitucional, por ser o direito originário e congênito, anterior à existência do próprio Estado brasileiro, o mesmo independe de título ou reconhecimento formal.

Sendo um direito originário, precedente, é superior a qualquer outro que possa ser constituído sobre estas terras, tanto que o próprio artigo 231 em seu §§ 5º e 6º<sup>219</sup> assegura a irremovibilidade dos povos indígenas de suas terras, bem como a nulidade e extinção de atos que tenham por objeto o domínio e a posse sobre essas terras; por esta razão defendemos a inconstitucionalidade da redução de terras indígenas no processo demarcatório, por ser este um processo meramente administrativo, onde apenas se reconhece uma ocupação tradicional pré-existente, e assim sendo, a nosso ver, a redução caracterizaria remoção, já que a terra tradicionalmente ocupada é de sua posse permanente e já existente antes do ato demarcatório, que é um ato administrativo que visa à delimitação física da terra tradicionalmente ocupada para efeito de proteção por parte da União.

Pelo texto constitucional o legislador deixou claro que cabe ao Estado brasileiro o reconhecimento do direito territorial originário aos povos indígenas, não sendo a existência desses territórios atribuição sua, mas apenas reconhecimento de um direito pré-existente, não

---

<sup>218</sup> O *indigenato* é uma tradicional instituição jurídica luso-brasileira legalizada com o Alvará de abril de 1680, confirmado posteriormente pela Lei de 6 de junho de 1755 que declarava o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.

<sup>219</sup> BRASIL, Leis e documentos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponham em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, 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 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”.

deixando, porém esse reconhecimento a ser feito pelo Estado da forma que bem lhe aprouver, criando para isso regras que visam garantir esse direito de forma inequívoca aos povos indígenas.

Nas palavras de Marco Antonio Barbosa:

Visou o legislador constituinte deixar claro que o Estado brasileiro reconhece aos índios direitos territoriais preexistentes ao próprio Estado brasileiro, por isso a utilização das expressões: reconhecidos e direitos originários. E isso tem importância jurídica porque a nova Constituição brasileira admitiu que não é ela que veio atribuir esse direito, mas que ela simplesmente reconhece que tal direito já existia e que se trata de um direito originário, isto é, um direito anterior à própria formação do Estado brasileiro<sup>220</sup>.

Esta formulação constitucional reforça a necessidade da aplicação da Constituição e das leis infraconstitucionais, dentro da idéia de que o objetivo constitucional é o de proteger e garantir o território de um povo, com toda a amplitude que esses termos exigem<sup>221</sup>. Isto porque a questão da terra é um ponto central para as populações indígenas, em razão de serem a garantia de sua sobrevivência física e cultural, como bem diz Maria Manuela Carneiro da Cunha<sup>222</sup>. Trata-se não só do reconhecimento da ocupação física dos espaços pelos povos indígenas, mas sim da ocupação tradicional dos mesmos, levando-se em consideração os costumes e particularidades culturais, como áreas sagradas e cemitérios, o que não se confunde com a posse do direito civil brasileiro.

A Constituição do Brasil de 1988, em seu artigo 20, inciso XI, declara que as terras indígenas são bens da União. É uma propriedade de natureza especial pois, embora proprietária, a mesma não detém a posse sobre essas terras, nem o direito de dispor, usar e gozar, pois a posse permanente e o usufruto exclusivo são dos povos indígenas, segundo a

---

<sup>220</sup> BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Editora Plêiade, 2001, pág 15.

<sup>221</sup> SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Terras indígenas: Súmula 650 só incide em ações de usucapião**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 17/07/2005.

<sup>222</sup> Ver, CARNEIRO DA CUNHA, Maria Manuela. **Os direitos dos índios: ensaios e documentos**. São Paulo: editora brasiliense, 1988, pág. 22 e seguintes.

própria Constituição. Esta outorga encontra fundamentos diferentes se analisada dentro do contexto histórico de cada fase. Durante a vigência da tutela integracionista, a mesma perdurou até a promulgação da Carta Magna de 1988. O fundamento da propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios pertencerem à União se dava devido ao fato de que, realizada e acabada a integração, a condição de índio, que era provisória, se extinguiria, acabando assim com a necessidade da proteção diferenciada, inclusive no que diz respeito à propriedade de terras; assim, sendo as terras indígenas de propriedade da União, esta poderia dar-lhes a destinação que bem se entende, não cabendo ao ex-índio, agora integrado, nenhum direito sobre as mesmas.

Na atualidade encontramos posicionamentos como o de José Afonso da Silva, que fundamenta o fato de a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios pertencerem à União, em função da necessidade de preservação das mesmas, tornando-as uma propriedade vinculada ou reservada, como forma de garantir os direitos dos índios sobre as mesmas; daí serem inalienáveis, indisponíveis, e imprescritíveis os direitos sobre elas. Segundo o autor, deriva daí o princípio da irremovibilidade dos índios de suas terras, como preceitua o artigo 231 em seu parágrafo 5º, além da nulidade e extinção previstas no parágrafo 6º<sup>223</sup>. Some-se a estes posicionamentos também um advindo da época dos governos militares, que fundamentava o fato de a propriedade das terras indígenas serem da União por uma questão de segurança e soberania nacional. Isto decorre do fato de serem as terras indígenas bastante extensas, algumas localizadas em áreas consideradas estratégicas, podendo, na visão desses, fazer com que os índios fossem cooptados e levados a tornarem-se Estados independentes ou permitirem ingerências externas.

Discorda-se desses posicionamentos, que na verdade sempre tiveram outros fundamentos como o primeiro citado, da fase de integração. A propriedade das terras

---

<sup>223</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 854 e 855.

indígenas deve ser dos próprios índios, isto tendo como fundamento o seu direito originário, que já se encontra reconhecido, embora sem efetividade, desde o alvará de 1680. A propriedade dos povos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas também se encontra tratada na Convenção 169 da OIT, tendo a sua parte II tratado exclusivamente sobre esse assunto; em seu artigo 13.2 determina que o termo terras deva ser entendido incluindo-se no mesmo o conceito de território, que deve abranger a totalidade do *habitat* ocupado pelos povos indígenas. Ainda na mesma parte trata sobre a proibição da remoção dos índios de suas terras, tema principal dessa dissertação<sup>224</sup>. Não se admite no Estado Democrático de Direito que o índio não possa exercer sua cidadania de forma plena, completa, com todos os seus direitos respeitados, inclusive o de propriedade. Não se deve esquecer que mesmo sendo diversas, não podem as populações indígenas ser colocadas em redomas isoladas e que a cultura da sociedade envolvente não tenha influência sobre esses povos, e sabe-se que, na sociedade envolvente, propriedade é sinônimo de cidadania, sendo isto um marco da modernidade da cultura ocidental. Assim, cumpre ao Estado buscar os instrumentos legais

---

<sup>224</sup> BRASIL, Leis e documentos. Convenção 169 da OIT- Art. 16.1 - Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam. Art. 16.2 - Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados. Art. 16.3 - Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento. Art. 16.4 - Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas. Art. 16.5 - Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas trasladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.

necessários para o reconhecimento da propriedade coletiva, segundo os usos, costumes e tradições dos povos indígenas e não, pela falta dos mesmos, restringir direitos.

A alegação da questão proteção e preservação das mesmas cai por terra, quando temos hoje terras demarcadas e homologadas invadidas por posseiros e grileiros, sem que o Estado cumpra com sua obrigação constitucional, prevista no *caput* do artigo 231 da Constituição de 1988, de proteção tanto das terras quanto dos bens nelas existentes, que são de posse e usufruto exclusivo dos povos indígenas.

Quanto à alegação da segurança e soberania nacional, esta é menos lógica ainda, pois temos situações de invasões de nossas fronteiras com a Amazônia para retirada de madeiras nobres, que estão sendo impedidas por denúncia e atuação de povos indígenas, além do que talvez mais fácil seja cooptar o homem branco com sua visão capitalista de ganho por ganho do que o índio, pois, apesar do contato, ainda mantém uma relação muito próxima com a natureza. Deste modo, em respeito ao Estado Democrático de Direito que permeia todo o texto da Lei Maior do Brasil de 1988, primando pelo princípio da igualdade material entre todos, e para que não se tenha na prática a figura de cidadãos com meios direitos enquanto outros têm direitos plenos, a propriedade das terras indígenas deve ser dos índios de forma plena, e não apenas a posse e o usufruto permanente e exclusivo, já que, perante a Constituição, embora deva ser respeitada sua diversidade, esta deve se conformar com os princípios maiores norteadores da mesma.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz novos critérios definidores da ocupação territorial indígena, encontrando-se estes na leitura do artigo 231, § 1º, quando da definição do que são terras tradicionalmente ocupadas; o mesmo impõe que sejam observados seus usos, costumes e tradições, ou seja, não pelos critérios de ocupação da cultura ocidental.

Ainda assim, diversas interpretações foram dadas ao texto constitucional, na tentativa de limitar o direito assegurado aos índios pela mesma. Como exemplo, podemos citar a interpretação dada pelo então Ministro da Justiça do Governo Fernando Henrique Cardoso, e hoje Presidente do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim. O Ministro queria que os relatórios de identificação refletissem a “teoria dos círculos concêntricos”. Por esta teoria, o conceito de terras tradicionalmente ocupadas, constante do artigo 231, § 1º, da Carta Magna brasileira de 1988, seria composto por quatro círculos, com ampliação gradativa, sendo o primeiro, o local onde se situa a morada dos povos indígenas (aldeia), o segundo, o espaço utilizado para as suas atividades produtivas (roças), o terceiro, a terra imprescindível à preservação dos seus recursos ambientais, e o quarto, aquela necessária à reprodução física e cultural do grupo, sendo que para o Ministro os terceiro e quarto círculos têm natureza subjetiva, sendo de difícil precisão<sup>225</sup>. Assim sendo, por estes parâmetros, as terras indígenas se reduziriam aos poucos metros que abrangem suas aldeias e alguns metros para a prática de agricultura, ficando de lado todos os outros elementos culturais associados à terra indígena.

A Constituição brasileira de 1988 em seu texto é bem clara quando diz que reconhece o direito originário dos povos indígenas às suas terras; assim sendo, a mesma não cria nenhum direito novo que dependa de título, reconhece um direito preexistente à formação do Estado brasileiro, e cria sim, para o Estado brasileiro, a obrigação de proteger e fazer respeitar todos os bens, inclusive os culturais.

---

<sup>225</sup> PANTALEONI, Fany e SANTILLI, Márcio. (Orgs.) **Documentos do ISA nº 3 : Terras indígenas no Brasil: um balanço da era Jobim**. Disponível em [www.socioambiental.org.br](http://www.socioambiental.org.br), acesso em 30/12/2005.

## 2 Uma incursão jurisprudencial: a interpretação constitucional no judiciário

Desde já, é importante ressaltar que não se pretende discutir minúcias sobre a referida decisão, ou sobre o acerto ou não da mesma, apenas fazer alguns questionamentos a respeito das interpretações constitucionais feitas para servir de fundamento da citada decisão.

Como exemplo traz-se a ação que corre na vara especializada em meio ambiente da Justiça Federal do Rio Grande do Sul, no processo sob o n°. 005.71.00.023683-6/RS, que tem como autor o Município de Porto Alegre e como réu a Comunidade Indígena Kaingang do Morro do Osso, de Porto Alegre/RS. Trata-se de uma ação possessória interdito proibitório que discute a retirada da Comunidade Indígena da área que ocupa desde 2004, nas proximidades do Morro do Osso em Porto Alegre.

Segundo o relatório do Senhor Doutor Juiz Federal Candido Alfredo Silva Leal Junior em sua fundamentação, o mesmo diz que são dois interesses constitucionalmente relevantes que entram supostamente em choque; de um lado o direito originário dos povos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas, e o direito também constitucional de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Vê-se, diferentemente do Senhor Juiz, que em verdade não existe choque entre esses direitos, isto em razão que, através da leitura de artigos acadêmicos<sup>226</sup> e outras fontes, tem-se que as terras ocupadas pelos povos indígenas mantêm um estado de preservação muito maior do que aquelas registradas como Unidades de Conservação.

---

<sup>226</sup> Terra indígena protege mais do que parque. Segundo um estudo publicado na edição de fevereiro do periódico "Conservation Biology", as terras indígenas são tão boas, ou melhores que parques nacionais para conter a destruição da mata. A base do estudo são imagens de satélite. "A idéia de que muitos parques nos trópicos existem somente "no papel" precisa ser reexaminada, assim como a noção de que as terras indígenas são menos eficazes do que os parques na proteção da natureza", afirmou o ecólogo Daniel Nepstad num comunicado do Centro de Pesquisa de Woods Hole (Massachusetts, EUA). Ele é o autor principal do estudo, ao lado de vários americanos e de Ane Alencar, geógrafa do Ipam, e de Márcio Santilli e Alicia Rolla, do ISA (Instituto Socioambiental), de São Paulo. (texto extraído do Jornal Folha de São Paulo, edição de 27/01/2006, caderno Ciência, pág. A17).

Reconhece o magistrado que o povo Kaingang, luta por um direito ao futuro, sua sobrevivência enquanto povo, cultura, etnia. Cita-se este caso, porque apesar de sobreposição de terra indígena como Unidade de Conservação, que é um tema complexo, trata-se não de uma redução, mas sim de remoção do povo Kaingang de uma terra que diz sua por um direito originário, reconhecido constitucionalmente.

A tradicionalidade da ocupação de terras indígenas é de difícil caracterização em alguns casos, em razão da inexistência de vestígios de participação dos povos indígenas nas terras que reclamam como suas. Isto decorre do fato de que não existia, e em determinada medida ainda não existe cuidado ou interesse com a história anterior à ocupação dos colonizadores, como se o que aqui existiu antes de sua chegada não merecesse lembrança ou reconhecimento e, desta forma, toma-se como marco do início da história do Estado brasileiro a chegada dos colonizadores<sup>227</sup>.

Em uma primeira análise do relatório do magistrado tem-se uma falsa impressão. Até nos parece, em um primeiro lance de olhos, que o magistrado está seguindo sua interpretação constitucional, pautado nos princípios e preceitos constantes da mesma, quando a Carta Magna do Brasil de 1988 exalta o Estado Democrático de Direito. Porém, quando trata em seu relatório sobre a questão da responsabilidade do Judiciário, começa a se contradizer; diz não

---

<sup>227</sup> Justiça Federal do Rio Grande do Sul processo sob o n°. 005.71.00.023683-6/RS, que tem como autor o Município de Porto Alegre e como réu a Comunidade Indígena Kaingang do Morro do Osso de Porto Alegre/RS. – Relatório - “(...) De maneira bastante preconceituosa e sem a menor consciência, a nossa sociedade investe contra seu próprio passado, ao destruir de maneira irrefletida o seu patrimônio cultural e artístico, histórico ou arqueológico. Insensível e irrefletidamente, aniquilamos seus últimos vestígios e os de sua participação em nossa história. (...) Até pouco tempo atrás, não havia cuidado com nossa pré-história, preocupando-se a historiografia tradicional apenas com a ocupação européia do território, como se tudo que tivesse existindo antes não merecesse ser conhecido nem preservado: “a história tradicional”, apesar dos matizes ideológicos tão diversos que separam seus autores, ignorou sempre, sob as mais variadas explicações, o genocídio praticado indiscriminadamente contra as culturas indígenas que povoaram nosso estado e a região platina na qual ele se insere. O início do povoamento é sempre apresentado com a chegada dos primeiros açorianos e a partir de uma data limite, a da fundação da cidade de Rio Grande, no estratégico local em que a Laguna dos Patos joga as suas águas no mar. Oculta-se desta forma a existência dos períodos anteriores a esta “história lusa”, relativos tanto à ocupação dos grupos de caçadores, coletores, pescadores e horticultores (de 13.000 anos aproximadamente de duração) como ao domínio espanhol instalado aqui nos sécs. XVII e XVIII. Atualmente, a ação antrópica, provocada pelo desenvolvimento de nossa sociedade, está destruindo rapidamente os sítios arqueológicos destas etapas iniciais, sem nenhuma consideração para com um patrimônio histórico que pertence à nação. Isto significa que, após a destruição física dos grupos indígenas que aqui viviam, estamos agora destruindo os últimos vestígios da cultura material que permaneceram”.

haver certeza sobre a alegada tradicionalidade da ocupação do Morro do Osso pela tribo Kaingang pela inexistência de estudos científicos que possam se unir aos autos no momento em que decide pela concessão de liminar para retirada da Comunidade Indígena Kaingang da área. Afirma ainda que diante da impossibilidade do Judiciário de se eximir de decidir as questões urgentes, trazidas pelas partes, deve decidir mesmo correndo o risco de decidir erroneamente, porém é notório que em nenhum momento, apesar da suposta consciência dos direitos dos povos indígenas, o magistrado utiliza-se da possibilidade de erro para sentenciar em favor da Comunidade Indígena e, embora reconheça não ter interesse privado no espaço em questão, é possível que sua visão de mundo esteja contaminada por preconceitos, principalmente o de achar que o Judiciário deve ser imparcial, deve se manter equidistante das partes, devendo decidir segundo o direito aplicável.

Chega a alegar em sua fundamentação que o erro porventura cometido contra os índios em sua decisão poderá ser corrigido mediante recurso ao Tribunal Regional<sup>228</sup>. Seguindo adiante no relatório de fundamentação do magistrado, mais contraditório se torna o mesmo, pois ao falar da interpretação do artigo 231, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, elenca as quatro condições necessárias para determinação do que são terras tradicionalmente ocupadas. Afirma ainda que esses fatores devam ser definidos segundo os costumes e tradições indígenas, e não dentro dos parâmetros da cultura ocidental. Esta visão não é nenhuma novidade pregada pelo magistrado, formado por um grande número de estudiosos como José Afonso da Silva, Paulo de Bessa Antunes, Dalmo de Abreu Dallari, só para citar alguns, que já defendem esta posição há remoto tempo.

---

<sup>228</sup> Idem, “A interpretação do art. 231 da CF/88 e a decisão sobre o pedido de liminar veiculado nessa ação possessória são atribuições constitucionais desse Juízo (art. 109 da CF/88). Seus erros podem ser corrigidos pela juntada de elementos probatórios adequados na instrução ou então mediante o recurso para o TRF4ªR. Esse Juízo tentará da forma mais honesta e completa possível fundamentar sua decisão e explicitar as premissas em que se baseou. Se estiver equivocado, fica tranqüilo porque certamente será corrigido pelos estudiosos e pesquisadores que acompanham a Comunidade Indígena nessa ação”.

Alerta ainda que, se não fosse dessa forma, não estaria havendo o reconhecimento de que o Brasil é uma sociedade multicultural, como pode ser visto a partir da leitura dos artigos 215 e 216<sup>229</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Apesar disto, logo na seqüência alega que a ocupação tradicional não pode estar condicionada ao simples auto-reconhecimento e à ocupação futura pelos povos indígenas de suas terras, sendo necessário que exista uma relação concreta efetivamente ocorrida no passado naquela terra que é reivindicada pela Comunidade Indígena e a necessidade de ocupação da terra como garantia de futuro para a Comunidade.

A contradição do magistrado se eleva mais ainda quando o mesmo escreve que, além da demonstração no que concerne à tradicionalidade da ocupação da terra indígena ter que ser demonstrada através de ocupação imemorial, há a necessidade de que exista uma relação de futuro<sup>230</sup>.

Como se pode observar a partir deste momento, a fundamentação do magistrado fica na contramão tanto de suas próprias afirmações anteriores, da Constituição da República

---

<sup>229</sup> BRASIL, Leis e documentos. “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 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. § 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. Art. 216 – Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. § 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens valores culturais. § 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

<sup>230</sup> Justiça Federal do Rio Grande do Sul processo sob o n.º. 005.71.00.023683-6/RS, que tem como autor o Município de Porto Alegre e como réu a Comunidade Indígena Kaingang do Morro do Osso de Porto Alegre/RS. – Relatório - “Ou seja, é imprescindível que a terra reivindicada tenha uma relação com o passado da comunidade, seja por ali terem sido feitas práticas culturais, seja porque ali tenham habitado em caráter permanente, seja por existirem vestígios de ocupação imemorial, etc. Mas é preciso também que tenha uma relação com o futuro da comunidade, seja porque dela dependem, seja porque nela podem continuar a reproduzir sua forma de vida e suas tradições, etc.”

Federativa do Brasil de 1988, quanto da interpretação dada por juristas de peso como é o caso de José Afonso da Silva, pois a tradicionalidade da ocupação da terra indígena nada tem a ver com a ocupação imemorial, como se constata na leitura da própria Constituição de 1988, onde a mesma afirma ser um direito originário.

Não se trata, como alega o magistrado, do perigo da reivindicação de qualquer área por comunidades indígenas, pois para isso existem procedimentos como o relatório a ser elaborado por antropólogo, a partir de estudos sobre as áreas reivindicadas e entrevistas com a comunidade indígena interessada. Porém, como dito pelo próprio magistrado em passagem anterior de sua fundamentação, às vezes esta determinação se torna difícil em função da destruição promovida pela cultura ocidental em nome do progresso e do desenvolvimento, e que toma como marco apenas o que ocorreu após sua chegada.

Além disto, na seqüência de seu relatório de fundamentação, o magistrado faz do artigo 231 da Constituição brasileira de 1988 uma interpretação bastante restritiva, desfazendo tudo aquilo que foi conquistado a partir da mesma pelos povos indígenas, entre estes o direito originário às suas terras, o direito à autodeterminação enquanto povos, e o direito à diversidade. Vejamos:

O art. 231 da CF/88 continua em vigor e ali está dito que não basta desejar uma garantia para o futuro, mas é preciso também uma relação com o passado da comunidade para que seja legítima sua pretensão àquela terra específica, como já mencionamos. É preciso que algo pretérito relacione a comunidade àquela terra que deseja para futuro. Se aceitássemos uma argumentação diferente dessa, estaríamos reconhecendo às comunidades indígenas um direito maior que a própria Constituição, permitindo que a autodeterminação dessas comunidades pudesse desconstituir a propriedade que o direito civil reconhece. O art. 231-§ 6º da CF/88, que prevê nulidade e extinção de pleno direito de alguns títulos dominiais, não alcança toda e qualquer pretensão indígena, mas apenas aquela referida às terras tradicionalmente ocupadas, as quais - no entendimento desse Juízo - necessitam de

um vínculo com o passado da comunidade indígena. Só isso já é suficiente para não acolher a pretensão da Comunidade Indígena pelos critérios puramente etnológicos ou por aquilo que entenda necessitar para sua reprodução física e cultural. É preciso mais do que isso, é preciso um vínculo concreto da comunidade indígena com o passado daquela terra.

Uma interpretação também restritiva é feita do parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição do Brasil de 1988<sup>231</sup>, quando coloca uma limitação inexistente ao alcance da nulidade e extinção descrita no referido parágrafo, pois público e patente é que as mesmas se referem às terras tradicionalmente ocupadas, porém não existe a necessidade de vínculo concreto, imemorial, quanto à tradicionalidade da ocupação, pois esta deriva da maneira tradicional e não da condição temporal<sup>232</sup>.

É de se observar que, durante todo o relatório, o Juiz Federal, apesar de reconhecer os direitos dos povos indígenas, toma sempre a postura de imiscuir-se de qualquer responsabilidade, tanto sua quanto do Poder ao qual pertence, mesmo que isto o leve a decidir em desacordo com a norma constitucional, como se pode ver na seguinte passagem de seu relatório de fundamentação:

Entretanto, todo esforço que esse Juízo fez para fundamentar sua decisão mostra que não está agindo de forma irresponsável nem está a cometer uma atrocidade contra a Comunidade Indígena. O respeito aos direitos fundamentais não pode ser válido apenas em relação a uma categoria de pessoas, mesmo que essas sejam merecedoras de especial proteção do Estado. Todos têm direito a igual proteção do Poder Judiciário. Esse Juízo diuturnamente sempre tem procurado isso: reconhecer a todos os seus direitos. Olhar os fatos de todas as perspectivas que consegue procurar a

---

<sup>231</sup> BRASIL, Leis e documentos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 231. (...) § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

<sup>232</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 836.

imparcialidade e a isenção, reconhecendo sempre que há uma ordem jurídica, legitimada por todos e necessária para todos nós. **Não pode esse Juízo proteger esse ou aquele grupo apenas porque acredite que eles mereçam uma proteção especial.** Todos têm direito a igual proteção. Isso não é negar vigência a direitos humanos ou desconsiderar a dignidade que cada ser vivo é portador. (grifo nosso)

Decisão em desacordo não só com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prevê proteção especial e diferenciada para os povos indígenas, mas também dos princípios gerais do próprio direito que prevê tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, como paradigma para a consecução da justiça material.

Esta crítica não se refere especificamente ao Juiz Federal Candido Alfredo Silva Leal Junior; o que aqui se critica é a forma de interpretação utilizada não só por este Juiz, mas pela maioria dos magistrados brasileiros, dos quais o mesmo faz parte, não achando que faça a mesma com nenhuma intenção de prejudicar nenhuma das partes; trata-se de um paradigma que precisa ser analisado e modificado, sobre o qual já comentamos de onde provêm suas raízes.

## **Capítulo IV – A redução no processo de demarcação das terras indígenas caracteriza remoção**

### **1 A natureza complexa do espaço de vida indígena: riquezas naturais e humanas**

Antes de tecermos comentários a respeito da natureza complexa do espaço de vida indígena, é sempre bom lembrar que terra indígena é uma categoria jurídico-administrativa definida pela Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 231, mas que já se encontrava definida no Estatuto do Índio (Lei 6001/73), tendo a sua proteção e demarcação também definida neste instrumento como dever do Estado. Anterior à Carta Magna de 1988 os propósitos da definição do que eram terras indígenas não vislumbravam a proteção do direito à diversidade cultural e étnica. Segundo Maria Inês Ladeira:

Em razão da necessidade de confinar as comunidades indígenas para promover sua própria ocupação expansionista, a sociedade nacional sempre procurou criar categorias que legitimassem esse confinamento (reservas, colônias, áreas indígenas). Assim sendo, melhor denominar de território indígena ao invés de terra indígena, pois território implica um espaço físico onde sociedades indígenas desenvolvem suas relações sociais, políticas e econômicas de acordo com suas tradições, culturas e cosmologias<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> LADEIRA, Maria Inês. **Terras indígenas e unidades de conservação na Mata Atlântica – áreas protegidas**. Revista eletrônica do CTI, disponível em [www.trabalhoindigenista.org.br](http://www.trabalhoindigenista.org.br), acesso em 11/05/2006.

O conceito de território, como pode ser visto em Diegues<sup>234</sup> e Descola<sup>235</sup>, supera os limites físicos das aldeias e trilhas estando associado a uma noção de mundo desses povos, o que implica em uma redefinição constante das relações multiétnicas, no compartilhar e dividir espaços. Deve-se levar em conta que, de acordo com as informações desses antropólogos, chegamos à conclusão de que é necessário o domínio do seu território por esses povos, como forma de manutenção da sua subsistência, pois são espaços de uso, construção e manutenção de suas culturas. Nas palavras de Elias Lopes de Lima:

‘A noção de território perpassa por um conjunto de significações mediadas pela paisagem, isto decorrente do fato de que os povos indígenas mantêm uma relação sacralizada, orientadora de rituais e práticas cotidianas com a natureza’<sup>236</sup>.

Desta forma pode-se dizer que toda a cultura indígena necessita e está intimamente ligada ao território que ocupa, isto em razão da relação que desenvolve com os elementos desse território, e nos faz pensar em uma íntima relação cultura indígena *versus* espaço territorial.

Milton Santos, em seu livro “Território e sociedade”, bem coloca que a existência de um território está diretamente ligada ao uso do espaço pelos atores que dele participam, donde pode-se inferir que, assim sendo, as expressões culturais se darão de acordo com as condições advindas dessa relação entre território e atores sociais. Diz ele:

O território em si, não é um conceito. Ele só se torna um conceito utilizável para a análise social quando o consideramos a partir de seu uso, a partir do momento em que o pensamos juntamente com aqueles atores que dele se utilizam<sup>237</sup>.

Quando se fala em terras indígenas, territórios indígenas ou espaço de vida indígena, na realidade pouco importa a denominação; se tem muito essas expressões ligadas à questão da

---

<sup>234</sup> DIEGUES, Antonio Carlos.(org.). **Etnoconservação: novos rumos para proteção da natureza nos trópicos**. São Paulo, Husitec; Nupaub/USP, 2000.

<sup>235</sup> DESCOLA, Philippe. **Ecologia e cosmologia**. In. Etnoconservação: novos rumos para proteção da natureza nos trópicos. DIEGUES, Antonio Carlos.(org.).São Paulo, Husitec; Nupaub/USP, 2000.

<sup>236</sup> LIMA, Elias Lopes de. **A territorialidade enquanto expressão geográfica da corporalidade indígena**. Disponível em <http://www.igeo.uerj.br/vicbg-2004/Eixo5/e5%20134.htm>. Acesso em 06/07/2006.

<sup>237</sup> SANTOS, Milton. **Território e sociedade**. Entrevista com Milton Santos. São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 1ª edição, 2000.

natureza segundo os padrões da cultura ocidental, que não têm nenhuma relação com o termo natureza para os povos indígenas<sup>238</sup>. A visão ocidental de natureza parte da premissa de que se devem estabelecer normas que determinem deveres aos homens e direitos aos seres da natureza. Existe um imenso fosso entre o que a cultura ocidental denomina de natureza e a natureza para as populações indígenas. Descola assim preleciona:

O próprio conceito de natureza que atribuímos às sociedades indígenas pode ser questionado, pois não haveria lugar para a natureza em uma cosmologia que confere a animais e plantas atributos, comportamentos e códigos morais da humanidade. O que aqui chamamos de natureza não é um objeto que deve ser socializado, mas o sujeito de uma relação social<sup>239</sup>.

Os povos indígenas, devido à sua relação harmônica com a natureza, fazem com que por esta razão as áreas ocupadas por comunidades indígenas se apresentem, via de regra, mais conservadas que as chamadas Unidades de Conservação criadas pela cultura ocidental.

“Um território indígena surge diretamente de condutas de territorialidade, e implica que o mesmo é produto histórico de processos sociais e políticos<sup>240</sup>”. A partir desta visão, Paul E. Little entende que a relação proveniente dessas condutas deve ser vista sob o prisma de saberes ambientais, ideologias e identidades criadas pela coletividade, estando historicamente situados e sendo utilizados pelo grupo para estabelecer e manter seu território; é o que ele conceitua como cosmografia.

---

<sup>238</sup> Para a sociedade ocidental, o conceito de natureza é formado por vários elementos fragmentados e descontínuos, que como tal podem ser considerados isoladamente, como por exemplo: pode-se pensar em oxigênio separadamente do elemento água, a fauna da flora, etc., como se pudessem ter vidas autônomas, independentes. Em se tratando das culturas indígenas, apesar de sua grande diversidade cosmológico-cultural, já que são vários povos com línguas diferentes, a natureza é una, se revelam indissociados os seus elementos, é um espaço concreto e vital em sua integridade. Para os povos indígenas o modelo de conservação da natureza utilizado pela cultura ocidental não faz sentido, pois a relação dos mesmos com a natureza é de subsistência, eles vivem e se reproduzem de uma forma harmônica com a natureza, podendo se dizer que fazem parte dela e por isso não precisam e não têm com a mesma uma relação de apropriação; para eles a natureza é o meio do qual sobrevivem e com o qual têm uma complexa relação através de seus mitos, crenças e tradições, em uma relação de respeito mútuo. DESCOLA, Philippe. **Ecologia e cosmologia**. In. Etnoconservação: novos rumos para proteção da natureza nos trópicos. DIEGUES, Antonio Carlos.(org.).São Paulo, Husitec; Nupaub/USP, 2000.

<sup>239</sup> DESCOLA, Philippe. **Ecologia e cosmologia**. In. Etnoconservação: novos rumos para proteção da natureza nos trópicos. DIEGUES, Antonio Carlos.(org.).São Paulo, Husitec; Nupaub/USP, 2000.

<sup>240</sup> LITTLE, Paul E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. Série Antropológica, 322. Brasília: DAN/UnB, 2002.

Segundo Little essa cosmografia inclui o regime de propriedade, os vínculos afetivos que cada grupo mantém especificamente com seu território, a história desta ocupação guardada na memória da coletividade, o uso social que se dá a esse território, bem como a maneira como ele é defendido.

Como já visto, as sociedades indígenas, apesar de diversas suas culturas, utilizam um regime de propriedade comum com o acesso à terra se dando através de formas de parentesco, tendo sua noção de pertencimento a um determinado território não ligado ao pertencimento ao um Estado, como no modelo ocidental, mas sim das relações com o meio onde vivem.

Segundo Lia Zanotta Machado:

“Os povos indígenas se entendem como uma coletividade de identidades e valores culturais que se diferencia de um dado sistema social dominante, e não como um conjunto de indivíduos”<sup>241</sup>.

Os povos indígenas têm seu território ligado a uma história cultural, onde cada espaço se vincula aos seus habitantes. A terra tem para os povos indígenas diversas funções de suma importância, “é o local onde se desenvolvem relações culturais, religiosas e identitárias”<sup>242</sup>. Para os povos indígenas o território não é apenas o local de subsistência material, é também, e principalmente, o local onde constroem sua realidade social e simbólica; cada espaço tem um significado, seja religioso, seja de local para suprir suas necessidades de subsistência, bem como aquele onde se definem características que determinam sua identidade.

É em razão da complexidade do espaço de vida indígena que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garantiu o direito originário dos povos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas, e o faz, se assim podemos dizer, de forma abrangente, quase completa, impedindo a remoção dos mesmos de suas terras, como preceitua o artigo 231 em seu § 5º, em razão de que não é qualquer espaço de terra que pode se tornar território

---

<sup>241</sup> MACHADO, Lia Zanotta. **Comunitarismo indígena e modernidade: contrastes entre o pensamento brasileiro e andino**. Disponível em <http://www.unb.br/ics/dan/Serie169empdf.pdf>. Acesso em 06/07/2006.

<sup>242</sup> RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades indígenas**. São Paulo: Atica, 1986, pág. 15.

indígena; existe uma vinculação cultural, religiosa e política desses povos com a terra que se transforma em seu território. Daí porque reduzir terra indígena em um processo demarcatório é inconstitucional, pois retira o povo indígena de seu território, aquele com o qual possuem uma relação simbólica e identitária.

## **2 Terra como espaço de sobrevivência física e cultural**

A terra sempre teve uma importância fundamental quando se discutem as questões como o direito à diversidade cultural, a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas, pois só a partir deste é que esses povos conseguem desenvolver suas relações sociais e de conhecimentos, mesmo e apesar das influências da sociedade envolvente, isto em decorrência de ser dentro desses espaços que se podem desenvolver a diversidade e organização social das comunidades indígenas.

Daí ser fundamental a sua garantia como forma de preservação desses povos, tendo a Carta Magna de 1988 a preocupação de garanti-las em seu texto. Com a garantia constitucional do direito a diferença cultural dos povos indígenas tornou-se evidente e necessária, para não dizer fundamental; a reivindicação desses povos por um espaço exclusivamente seu como forma de garantir seus costumes, crenças e tradições, bem como sua organização política e social, diante da sociedade envolvente formadora do Estado brasileiro, e assim poder decidir no contexto deste espaço sobre as situações que impactem em seu modo de vida, de acordo com seus usos, crenças e tradições.

Nas palavras de Alcida Rita Ramos:

A terra sempre foi e é uma questão central para os povos indígenas, isto em decorrência de que para esses povos, diferentemente da cultura ocidental, o território

não é um simples meio de subsistência, é o espaço necessário e fundamental para o desenvolvimento das suas relações sociais de crença e de conhecimentos<sup>243</sup>.

Para os povos indígenas a propriedade privada e a apropriação individual eram restritas aos bens de uso pessoal, eventualmente ao produto do trabalho de cada um, mesmo sendo variadas as formas de organização desses povos. Segundo Marés:

A terra sempre foi um bem coletivo, generosamente oferecido pelos antepassados que descobriam seus segredos e legado necessário aos herdeiros que o perpetuavam. A repartição haveria de ser dos frutos da terra, de tal forma que não faltasse ao necessitado nem sobejasse ao indivíduo. Às vezes, se haveria de domesticar uma planta ou um animal, às vezes, bastaria cuidar da natureza que ela retribuía numa lógica inconsciente, mas quase perfeita. Não havia necessidade de Estado nem de teorias sobre a propriedade privada, nem instrumentos que justificassem seu exercício, nem que os garantisse. Ao não haver um era escusada a existência do outro<sup>244</sup>.

Quando se fala na necessidade da demarcação de terras indígenas não é com intenção de simplesmente colocar os povos indígenas em um território separado da chamada sociedade envolvente, para que as duas culturas se olhem e não tenham contatos. É claro que a interação entre as culturas pode e deve acontecer, só que uma interação, e não uma integração, ou seja, não é necessário que haja uma supremacia de uma cultura sobre a outra, mas pontos de contato.

A finalidade da demarcação não é confinar os povos indígenas em locais onde possam exercer a sua condição de índio, mas sim assegurar um espaço onde a mesma possa ser exercida e reconhecida pela comunhão nacional, para que esse reconhecimento possa também ser exercido em qualquer lugar do território nacional, como direito de cidadão que é, embora o reconhecimento dessa cidadania seja bastante limitado aos interesses da cultura ocidental.

---

<sup>243</sup> RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades Indígenas**. São Paulo: Ática, 1986, págs. 15.

<sup>244</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, pág 49 e 50.

Como minoria étnica, a demarcação e a posse exclusiva de seus territórios para os povos indígenas passam a ser fatores decisivos para a sua sobrevivência física e cultural, isto em virtude de que nesses espaços se desenvolvem relações sociais, religiosas e econômicas. O conceito de território está ligado à história cultural do grupo, ao seu universo mitológico, às relações de família, ao conjunto das interações sociais, e ao sistema de alianças políticas e econômicas entre aldeias de um mesmo grupo. O território sustenta a trama da vida cultural de cada grupo. A garantia da terra é, por isso, condição essencial para assegurar a sobrevivência dos índios como grupos etnicamente diferenciados da sociedade nacional.

Nas palavras de Alcida Rita Ramos “a terra para os povos indígenas é muito mais que um recurso natural, é um recurso sociocultural, pois representa o suporte de sua vida social, estando diretamente ligada a suas crenças e conhecimentos<sup>245</sup>”. Seja qual for a concepção de território, seja qual for o povo indígena, sua terra, seu lugar, têm grande carga de um valor simbólico, religioso e cultural, não estando pautado pelas noções ocidentais de coordenadas cartesianas definidoras de espaços territoriais.

Terra para os povos indígenas tem um significado mais abrangente que o anteriormente citado, pois é o local onde se desenvolvem suas crenças, tradições, formas de concepção de mundo; é o que os torna diversos da população envolvente e seus conceitos, é um espaço vital para que se desenvolvam sua forma de ser e viver, sua organização, ou seja, todos os elementos que os definem como uma cultura diferenciada.

Assim, salientamos mais uma vez que a presença de um comando no texto constitucional não se dá por mero acaso, e quando a Lei Maior veda a remoção dos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam é pelo caráter de espaço de vida e sobrevivência cultural que as mesmas possuem para esses povos, é a garantia do exercício

---

<sup>245</sup> RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades Indígenas**. São Paulo: Ática, 1986, págs. 15.

pleno do seu direito à diferença em um espaço que não pode ser maculado pela presença dos não-índios, com a imposição do seu modo e organização cultural.

### 3 Reduzir terra indígena significa remover

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 231, *caput*, prevê o direito originário dos povos indígenas às suas terras, tomando por base a sua ocupação tradicional, conforme suas crenças, usos, costumes e tradições. Assim, o processo de demarcação das terras indígenas, que também se encontra determinado no mesmo artigo, é um processo meramente administrativo, que tem por finalidade criar as condições materiais para que a União possa cumprir o mandamento constitucional de protegê-las, e os seus bens, com vistas a garantir a posse permanente e o usufruto exclusivo por parte dos povos indígenas, não tendo em nenhum momento o condão de criar ou extinguir terras indígenas, mas apenas reconhecer um direito pré-existente e anterior à própria formação do Estado Brasileiro.

O que determina a existência e o tamanho de uma terra indígena não é a demarcação, mas sim a tradicionalidade da ocupação, que deve ser verificada de acordo com o que preceitua a Carta Magna de 1988<sup>246</sup>. O processo administrativo de demarcação tem todo o seu trâmite determinado pelo Decreto 1775 de 08 de janeiro de 1996, e pela Portaria 14 do Ministro da Justiça de 09 de janeiro de 1996, elaborados pelo então Ministro da Justiça do governo Fernando Henrique Cardoso, Nelson Jobim.

O artigo 231, § 5º da Constituição do Brasil de 1988 prevê a irremovibilidade dos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupem, excetuando, *ad referendum* do

---

<sup>246</sup> BRASIL, Leis e Documentos, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art.231, §1º - “As por eles **habitadas** em caráter permanente, as utilizadas para suas **atividades produtivas**, as imprescindíveis à **preservação dos recursos ambientais** necessários ao bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, **segundo seus usos, costumes e tradições**” (grifo nosso).

Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia, mas esta tem que estar pondo em risco a população indígena especificamente; outra situação é em caso de interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional. Determina ainda que em qualquer dos casos, cessado o risco, deve haver o retorno imediato dos povos indígenas à sua terra.

Apesar de inúmeras formas e métodos de interpretação, desde os tradicionais até uma hermenêutica emancipatória, todas estão concordes em que a mesma deve ser realizada utilizando-se mais de um método dentro de princípios lógicos, e nunca de forma isolada, pois não se pode, por exemplo, no caso de uma Constituição, fazer-se uma análise interpretativa de seus títulos, capítulos, seções, artigos, parágrafos e incisos, de forma isolada, ou utilizando-se um único método ou forma de interpretação; é o que os métodos de interpretação tradicionais chamam de interpretação sistêmica. Saliente-se que autores como Lenio Streck falam da necessidade de uma interpretação emancipatória das normas, que devem buscar a resolução das complexas tramas sociais, buscando fazê-lo dentro dos princípios do Estado Democrático de Direito, tendo o Judiciário não apenas a função de fiscal da lei, mas de efetivo instrumento de mudanças sociais juntamente com os poderes Legislativo e Executivo.

O capítulo VIII – dos índios, compreende os artigos 231 e 232 e, para que se realize uma interpretação dentro dos princípios norteadores da Lei Maior brasileira, esta deve ser realizada à luz do conjunto de normas e princípios que formam, e emana de todo o texto da Constituição.

Quanto à questão da demarcação de terras indígenas, o parágrafo quinto anteriormente citado dá suporte a toda nossa leitura, que conclui pela inconstitucionalidade da redução de terras indígenas no processo demarcatório, quando veda a remoção dos povos indígenas de suas terras, ressalvando apenas as situações colocadas em *numerus clausus*, como também já citado.

Como já visto, o direito dos povos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas é originário, independentemente de título anterior; também foi visto que a tradicionalidade da ocupação deve obedecer cumulativamente aos quatro critérios elencados na Constituição. Assim sendo, mesmo o contraditório definido no Decreto 1775/96 só, e somente só, pode ter como fundamento a inexistência ou incorreta observação de um dos critérios constitucionais definidores da tradicionalidade da terra indígena pois, do contrário, em decorrência do preceituado no § 6º do artigo 231 da Constituição brasileira de 1988, é nulo e extinto, não produzindo nenhum efeito jurídico, qualquer ato que tenha por objeto a ocupação, domínio ou posse de terra indígena, bem como a exploração das riquezas naturais existentes nos solos, rios e lagos, ressalvado relevante interesse público da União, mas não qualquer interesse, pois tem o mesmo que estar disposto em lei complementar, e a nulidade ou extinção só gerará direito à indenização se for por benfeitorias de boa-fé.

Desta forma, para que uma terra não seja considerada como tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas, o fundamento não pode ser, por exemplo, existência de título de posse anterior, o usucapião, ou qualquer outro instrumento previsto nas leis civis, pois sendo a terra enquadrada nos critérios constantes do § 1º do artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para caracterização do que seja terra tradicionalmente ocupada, todos esses atos e títulos são nulos e extintos de pleno direito.

Diante desta interpretação do texto constitucional conclui-se que, sendo a demarcação um processo meramente administrativo, apesar de sua fundamental importância para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas, é um instrumento de reconhecimento de um direito originário. Desta forma, no processo demarcatório ocorrendo a redução das terras indígenas, estará caracterizado o disposto no parágrafo 5º do artigo 231, a remoção, isto devido ao fato de que se a terra já é reconhecidamente indígena, pois se enquadra nas condições previstas no § 1º do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, ficando assim

demonstrada a tradicionalidade da ocupação pelos índios, e estando fora das situações previstas como permissivas para remoção dos povos indígenas de suas terras, tal redução é inconstitucional, pois remove o povo indígena de um território tradicionalmente ocupado.

## **Conclusão**

No direito surgem grandes discussões sobre grandes temas; quando se fala em conservação, ecossistemas, biodiversidade, autosustentação, não se pode deixar de falar sobre os índios e suas culturas, em razão de que, como visto no transcorrer desta dissertação, existe uma estreita relação desses povos com os mesmos, em virtude da forma como ocupam os seus espaços.

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o reconhecimento da existência da diversidade cultural, do direito à diferença, com a preocupação de setores do Estado, ONG's, intelectuais e acadêmicos com a manutenção do território dos povos indígenas como forma de manutenção e preservação física e cultural destes povos, criam-se novos paradigmas na cultura ocidental para a busca da consecução de um equilíbrio entre o desenvolvimento promovido pelo capitalismo e a globalização econômica pretendidos por esta cultura, e a preservação do meio ambiente, pois como visto anteriormente, as terras indígenas encontram-se em um estado de conservação melhor que as Unidades de Conservação criadas pelo Estado.

As discussões sobre o direito originário dos povos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas têm sido cada vez mais acirradas, com posições extremas tanto daqueles que defendem essas populações, quanto daqueles que as tem como um empecilho ao

desenvolvimento econômico e cultural do País, tendo dentre esses aqueles que colocam a questão como um caso de perda da soberania do Estado brasileiro.

Sempre existiram grandes oscilações quanto ao reconhecimento do direito originário dos povos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas, ocorrendo até hoje, em pleno século XXI, através de posicionamentos que buscam reduzir os direitos desses povos ao seu território, através de discursos para redução das terras a demarcar, e mesmo as já demarcadas, sob a bandeira do “é muita terra para pouco índio”, e de que a manutenção da sistemática, da forma como se encontra, é prejudicial ao desenvolvimento brasileiro, visto que hoje a pequena quantidade de índios existentes no País já detém mais terra do que o necessário para sua sobrevivência.

Estas discussões têm gerado diversas formas de interpretação do texto constitucional, cada um buscando o melhor para o seu posicionamento, seja ele contrário ou favorável às questões indígenas. No caso específico dos direitos dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, esta discussão em torno de como devem ser interpretados os preceitos constitucionais se acirra ainda mais.

Quando da elaboração do texto constitucional, na fase de discussão, tinha-se que, quando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratava da tradicionalidade, a mesma deveria estar ligada à imemorialidade da ocupação, o que depois de longas discussões foi parcialmente suplantado, porém não esquecido, estando os intérpretes com posições contrárias aos direitos dos povos indígenas, sempre interpretando o texto constitucional sob o foco de que a tradicionalidade da terra está irremediavelmente ligada à imemorialidade da ocupação, segundo os parâmetros da cultura ocidental.

Com a entrada em vigor do Decreto 1775 de 08 de janeiro de 1996, e da Portaria Ministerial 14, do Ministro da Justiça, de 09 de janeiro de 1996, o então Ministro da Justiça Nelson Jobim implementa uma nova interpretação para o texto constitucional no que diz

respeito à tradicionalidade da ocupação das terras indígenas, como sendo formado pelas quatro condições elencadas no artigo 231, § 1º da Carta Magna de 1988, que são: a permanência da habitação, utilização para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar, e as necessárias a sua reprodução física e cultural, mas que estas se dispõem como na teoria dos círculos concêntricos; partindo da permanência ou imemorialidade da ocupação, que seria o círculo mais central, até a necessidade de sua reprodução física e cultural, que seria o círculo mais externo, e à medida que estes círculos vão se abrindo, menor a importância da condição.

Deve-se ter em mente que, quando uma Assembléia Constituinte é formada, tem como finalidade precípua criar uma nova ordem constitucional, que traga princípios a serem cumpridos tanto pelo Poder Legislativo, quanto pelo Executivo e pelo Judiciário, ficando as grandes questões nacionais atreladas a estes, de forma que a discricionariedade dos detentores do poder fique minimizada, evitando-se ou reduzindo-se a ocorrência de injustiças e implementando a busca da consecução dos novos ideais criados a partir dessa nova ordem jurídica. Também é ciente que a boa construção constitucional faz com que, pelos princípios norteadores da mesma, todos os seus títulos, capítulos, seções, artigos, parágrafos e incisos, façam parte de um sistema, um ordenamento, estando interligados entre si, pois não se trata de uma colcha de retalhos, mas sim de uma carta fundamentalmente principiológica.

O capítulo VIII – Dos Índios, não diferente de toda a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segue uma ordem lógica, sendo seus artigos, parágrafos e incisos encadeados entre si e com a Constituição como um todo. Parte do reconhecimento da diversidade cultural desses povos, do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, e determina que a União promova o reconhecimento e proteção deste direito originário através da demarcação das terras.

Prossegue determinando como deve ser reconhecida a tradicionalidade da ocupação da terra indígena, elencando os parâmetros que devem ser observados para o efetivo reconhecimento, determinando ainda que deva respeitar os usos, costumes e tradições desses povos, ou seja, de acordo com sua cultura e não nos parâmetros da cultura envolvente. Segue com a determinação da posse permanente e do usufruto exclusivo sobre as riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, assim como o aproveitamento dos recursos hídricos, potenciais energéticos, lavra de minerais, além da participação nos resultados; que sejam ouvidas as comunidades indígenas envolvidas, necessitando ainda da autorização do Congresso Nacional. Na seqüência, torna as terras indígenas indisponíveis e inalienáveis, e os direitos dos povos indígenas sobre as mesmas imprescritíveis.

Por tudo o que aqui foi visto, pode-se inferir que a demarcação das terras indígenas é um processo administrativo que tem como função precípua e única a de criar as condições materiais para que a União cumpra com sua obrigação constitucional de proteção dessas terras e dos seus bens, como forma de garantir a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes, já que o direito sobre as mesmas é originário, e desta forma não necessita de nenhuma condição anterior, seja ela natural ou legal que a legitime, pois a mesma já é legítima por si só.

O processo administrativo de demarcação não cria, não extingue, não determina o tamanho de terras indígenas; ele faz apenas a delimitação física da terra indígena. O trabalho desenvolvido pelo grupo coordenado por um antropólogo se faz para que os órgãos da União que são responsáveis pela proteção das terras tenham as condições materiais para o desenvolvimento desta missão, porque embora pertencentes à União, conforme preceitua o artigo 20, inciso XI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a posse permanente e o usufruto exclusivo são dos povos indígenas.

Partindo deste princípio é que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 231, § 5º, veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras, mas faz a ressalva em duas situações específicas e taxativas, pois apenas nestas situações está permitida a retirada dos povos indígenas de suas terras, não se podendo fazer uma interpretação extensiva neste caso. As situações específicas são: em caso de catástrofe ou epidemia em que ocorra risco à integridade da população indígena, e no caso de interesse da soberania do País; é necessário, no caso da primeira, que seja *ad referendum* do Congresso Nacional, e no segundo, além disto, que haja deliberação do Congresso Nacional. Estabelece ainda o mesmo artigo que em qualquer das hipóteses, cessado o risco, deverá ser garantido o imediato retorno da população indígena à sua terra, ou seja, mesmo nos únicos casos em que a remoção é permitida, a mesma não pode ser *ad eternum*; assegurado é o retorno dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam.

O direito às suas terras pelos povos indígenas é originário; o processo demarcatório tem o condão de delimitar fisicamente a área reconhecida constitucionalmente como de ocupação tradicional dos povos indígenas, ou seja, tem o processo demarcatório a função precípua de estabelecer os limites materiais com vista ao cumprimento do dever de proteção e respeito, não criando ou extinguindo terra indígena, pois a existência do direito às terras antecede a criação do Estado Brasileiro.

No processo demarcatório, ou após a conclusão do mesmo, reduzir terras indígenas é inconstitucional, pois caracteriza remoção, isto partindo da interpretação do texto constitucional; sendo o direito às terras tradicionalmente ocupadas originário, a demarcação está fazendo apenas uma delimitação da área reconhecida constitucionalmente, que para isso precisa unicamente atender ao que preceitua o artigo 231 § 1º. Cumpridos os requisitos exigidos, estará reconhecido constitucionalmente o direito originário dos povos indígenas às suas terras. Desta forma, estando a terra reconhecida como tradicionalmente ocupada, e tendo

o processo demarcatório a função de delimitação para a proteção por parte da União, também constante do texto constitucional, qualquer redução, a não ser que comprovada a incorreção no atendimento a qualquer um dos requisitos exigidos para caracterização de que a terra é tradicionalmente ocupada, é inconstitucional, por caracterizar remoção, uma vez que a terra é indígena e tradicionalmente ocupada.

Tem-se que, no § 6º do artigo 231, a extinção e nulidade sem produção de efeitos de todos os atos que tenham por objeto a ocupação, domínio e posse de terras indígenas, exploração de riquezas, assim partindo desse encadeamento lógico, torna evidente a inconstitucionalidade de qualquer ato que vise reduzir terras indígenas, seja durante o processo demarcatório, mais ainda se o mesmo já se encontrar homologado.

Por estes motivos “reduzir caracteriza remoção” e, portanto é inconstitucional, não podendo encontrar guarida em nosso ordenamento jurídico pátrio.

## Referências

1. ALBUQUERQUE, José Lindomar C. **O Estado nacional e a modernidade**. [http://www.faculdadefb.com.br/eventos/2002/revista\\_dj/ano\\_II/pg137.htm](http://www.faculdadefb.com.br/eventos/2002/revista_dj/ano_II/pg137.htm). Acesso em [17/05/2005](http://www.faculdadefb.com.br/eventos/2002/revista_dj/ano_II/pg137.htm).
2. ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático**. Tradução: HECK, Luis Afonso. In. Revista de Direito Administrativo, vol. 217. Rio de Janeiro: Top Texas Edições Gráficas Ltda., jul./set, 1999.
3. ALMEIDA, Dayse Coelho de. **Interpretação da constituição: método originalista e não-originalista**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 2, nº. 79. Disp. em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=284>. Acesso em: 08 fev. 2005.
4. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.
5. ARAÚJO, Ana Valéria. **A defesa dos direitos indígenas no judiciário**. São Paulo: Socioambiental, 1995.
6. ARNT, Ricardo; PINTO, Lúcio Flávio; PINTO, Raimundo; MARTINELLI, Pedro. **Panará: a volta dos índios gigantes**. São Paulo: ISA, 1998. Disponível em <http://www.pegue.com/indio/panara.htm>. Acesso em 14/01/2005.
7. AUGÉ, Marc. **Não-lugares: introdução a uma antropologia da supermodernidade**. Tradução: PEREIRA, Maria Lúcia. São Paulo: Papyrus, 1994.

8. BAINES, Stephen Grant. **Imagens de liderança indígena e o programa Waimiri-Atroari: índios e usinas hidroelétricas na Amazônia.** Brasília: Série Antropológica 246, DAN/UnB, 1999.
9. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e garantias constitucionais e processuais.** In: Revista de Informação legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 23, n.º 1, jul. - set.
10. BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil.** São Paulo: Editora Plêiade, 2001.
11. BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais.** Curitiba: Juruá, 2004.
12. BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** São Paulo: Renovar, 2003.
13. \_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição.** São Paulo: Saraiva, 2004.
14. \_\_\_\_\_. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2004.
15. BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
16. \_\_\_\_\_. **As modernas formas de interpretação constitucional.** Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=89>. Acesso em: 08 fev. 2005.
17. \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1998.
18. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Recurso Especial por violação de princípio jurídico.** In: Revista dos Tribunais n.º 738, págs. 101-111.

19. BENATTI, José Helder. **Populações tradicionais e o manejo dos recursos naturais renováveis no Parque Nacional do Jaú: uma análise jurídica.** Brasília: XXII Reunião Brasileira de Antropologia. Fórum de Pesquisa 3: “Conflitos Socioambientais e Unidades de Conservação”, julho, 2000.
20. \_\_\_\_\_. **Direito de propriedade e proteção ambiental no Brasil: apropriação e o uso dos recursos naturais no imóvel rural.** Belém: Tese de Doutorado, 2003.
21. BECILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 9ª edição, vol. 9, 1953, nota ao artigo 485.
22. BONFIM, Evandro. **Novas regras de demarcação atendem a interesses anti-indígenas.** Disponível em: [www.portalpopular.org.br/debates2004/povos-indigenas/povos-indigenas-19htm](http://www.portalpopular.org.br/debates2004/povos-indigenas/povos-indigenas-19htm). Acesso em: 24 dez. 2004.
23. BRASIL, Fundação Nacional do Índio. **Pareceres de 5 de dezembro de 1997.** Sobre a ocupação de terceiros de boa-fé em terras indígenas. Constituição Federal. Consultor: FACHIN, Luiz Edson.
24. BRASIL, Leis e Documentos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934.**
25. \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937.**
26. \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946.**
27. \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.**
28. \_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n.º 1 da República Federativa do Brasil de 1969.**
29. \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**
30. \_\_\_\_\_. **Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002.** (Dispõe sobre o Código Civil)

31. \_\_\_\_\_. **Lei 6001 de 15 de janeiro de 1973.** (Dispõe sobre o Estatuto do Índio)
32. \_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n.º 2057/91, 2160/91 e 2619/92.** (Dispõem sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas)
33. \_\_\_\_\_. **Decreto 22 de 22 de março de 1991** (Dispõe sobre demarcação de Terras Indígenas).
34. \_\_\_\_\_. **Decreto 1775 de 08 de janeiro de 1996** (Dispõe sobre demarcação de Terras Indígenas).
35. \_\_\_\_\_. **Decreto 1671 de 11 de outubro de 1995** (Dispõe sobre Acordo de cooperação financeira para o empreendimento PPTAL/ Demarcação de Terras Indígenas entre o Governo do Brasil e o Governo da República Federal da Alemanha).
36. \_\_\_\_\_. **Lei 5371 de 05 de dezembro de 1967**, publicada no Diário Oficial da União de 06 de dezembro de 1967.
37. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal Tomo I.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
38. CALERA, Nicolas López. **Sobre los derechos colectivos.** In.: Una discusión sobre derechos colectivos. Madri: Editorial Dykinson, 2001.
39. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2003.
40. \_\_\_\_\_. **Proteção do meio ambiente e direito de propriedade.** Coimbra: Coimbra, 1995.
41. \_\_\_\_\_. **Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo.** In. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política n.º.15, págs. 15-17.

42. \_\_\_\_\_. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Jacinto N. M. Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
43. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1985.
44. CAHALI, Yussef Said. **Código Civil; Código de Processo Civil; Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
45. CHAGAS, Miriam de Fátima. **A política do reconhecimento dos “remanescentes das comunidades dos quilombos”**. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pif=S104](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pif=S104). Acesso em 17/05/2005.
46. COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Artigo publicado em <http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm>. Acesso em 29JUL2005.
47. \_\_\_\_\_. **Função social da propriedade dos bens de produção**. São Paulo: Saraiva, 1995.
48. COSTA NETO, Eraldo Medeiros. **Ciência e diversidade cultural: a contribuição de Claude Chrétien**. Feira de Santana: Sitientibus, n.º 20, pág. 9-14, jan./jun., 1999.
49. COSTA, Florêncio. **Raposa da discórdia**. Texto publicado na Revista “Isto é” *on line* de 14 abr. 2004. Disponível em: [www.terra.com.br/istoe/1801/brasil/1801raposadadiscordia.htm](http://www.terra.com.br/istoe/1801/brasil/1801raposadadiscordia.htm). Acesso em: 24 dez. 2004.
50. CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
51. CUNHA, Maria Manuela Carneiro da. **Os direitos dos índios**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

52. \_\_\_\_\_. **Legislação indigenista do século XIX: uma compilação (1808 – 1889)**. São Paulo: Comissão Pró-índio de São Paulo e Edusp, 1992.
53. \_\_\_\_\_. **Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais**. In. SANTOS, Silvio Coelho dos; WERNER, Denis; BLOEMER, Neusa Sens e NACKE, Anelise (Orgs.). **Sociedades indígenas e o direito. Uma questão de direitos humanos**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.
54. \_\_\_\_\_. **Antropologia do Brasil: mito, história, etnicidade**. São Paulo: Edusp, 1986.
55. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Argumento Antropológico e Linguagem Jurídica**. In. **A perícia Antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: UFSC, 1994.
56. DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **O Sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: CPGD/UFPR, 1999.
57. \_\_\_\_\_. **Humanismo Latino: o Estado brasileiro e a questão indígena**. In. **Humanismo Latino e o estado no Brasil**. MEZZARROBA, Orides (Org.). Florianópolis: Fundação Boiteux; [Treviso]: Fondazione Cassamarca, 2003.
58. DIEGUES, Antonio Carlos Sant Ana. **O mito do paraíso desabitado**. In. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, n.º 24, 1996, págs. 141-151.
59. DIEGUES, Antonio Carlos.(org.). **Etnoconservação: novos rumos para proteção da natureza nos trópicos**. São Paulo, Husitec; Nupaub/USP, 2000.
60. DERANI, Cristiane. **A propriedade na constituição de 1988 e o conteúdo da função social**. In. *Revista de Direito Ambiental*, n.º 27, Julho-Setembro, 2002.
61. \_\_\_\_\_. **Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade**. In. *Hiléia – Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, n.º 1. Manaus: Edições do Governo do Estado do Amazonas, 2003.

62. DESCOLA, Philippe. **Ecologia e cosmologia**. In. DIEGUES, Antonio Carlos Sant Ana (Org.). **Etnoconservação – novos rumos para a proteção da natureza nos trópicos**. São Paulo: Anna Blume: NAPAUB/USP, Husitec, 2000.
63. Dussel, Enrique. **1942: O encobrimento do outro**. Petrópolis: Vozes, 1993.
64. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
65. FARIAS, José Eduardo. **Justiça e conflito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
66. \_\_\_\_\_. FARIA, José Eduardo. **O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas**. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995.
67. FAUSTO, Carlos. **Território e contraditório: antropólogos, índios e poderes do Estado**. Disponível em <http://www.unb.br>. Acesso em 14/01/2005.
68. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.
69. FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª Edição, 2003.
70. FONSECA, Roberto Piragibe da. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.
71. FREIRE, José Ribamar (Org.) e outros. **A Amazônia Colonial (1616-1798)**. 4ª edição, Manaus: Metro Cúbico, 1991.
72. FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

73. FANY, Ricardo. **Como está a demarcação de terras indígenas**. Disponível em: [www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=951](http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=951). Acesso em: 24 dez. 2004.
74. GLAGLIARD, José Mauro. **O indígena e a República**. São Paulo: Husitec, 1989.
75. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 13ª edição, atualização e notas de JÚNIOR, Humberto Theodoro, 1998.
76. GUERREIRO, Gabriela. **Projeto em tramitação no Senado pode mudar demarcação de terras indígenas**. Disponível em: [www.brasiлоeste.com.br/noticia/1347/projeto-demarcacao-terras-indigenas](http://www.brasiлоeste.com.br/noticia/1347/projeto-demarcacao-terras-indigenas). Acesso em: 24 dez. 2004.
77. HECK, Egon. **Povos indígenas: terra é vida – Coleção espaço e debate**. São Paulo: Atual, 2002.
78. JELIN, Elizabeth. **Cidadania e alteridade: o reconhecimento da pluralidade**. In. Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, págs. 15-25.
79. KASBURG, Carola & GRAMKOW, Márcia Maria (org.). **Demarcando terras indígenas: experiências e desafios de um projeto de parceria**. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999.
80. LADEIRA, Maria Inês. **Terras indígenas e unidades de conservação na Mata Atlântica – áreas protegidas**. Revista eletrônica do CTI, disponível em [www.trabalhoindigenista.org.br](http://www.trabalhoindigenista.org.br), acesso em 11/05/2006.
81. LAURIOLA, Vincenzo. **Ecologia global contra diversidade cultural? Conservação da natureza e povos indígenas no Brasil. O Monte Roraima entre parque nacional e terra indígena Raposa Serra do Sol**. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/asoc/v5n2/a10v5n2.pdf](http://www.scielo.br/pdf/asoc/v5n2/a10v5n2.pdf). Acesso em: 13 mai. 2004.
82. LEITE, George Salomão. **Do método tópico de interpretação constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=34>. Acesso em: 08 fev. 2005.

83. LÉVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem**. Tradução: Tânia Pellegrini. São Paulo: Papyrus, 1989.
84. \_\_\_\_\_. **Raça e história**. In. Antropologia Estrutural II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.
85. LITTLE, Paul E. **Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade**. Série Antropológica, 322. Brasília: DAN/UnB, 2002.
86. \_\_\_\_\_. **Amazônia: territorial struggles on perennial frontiers**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2001.
87. LUCENA, Armando. **Contribuições sociais: eficácia e alcance da norma constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1433>. Acesso em: 08 fev. 2005.
88. MACHADO, Lia Zanotta. **Comunitarismo indígena e modernidade: contrastes entre o pensamento brasileiro e andino**. Série Antropológica. Brasília: DAN/UnB, 1994.
89. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.
90. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, a. 1, n. 13, maio. 1997. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=87>. Acesso em: 08 fev. 2005.
91. MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

92. MARÉS, Carlos Frederico. **As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios**. Disponível em <http://www.laced.mn.ufrj.br>. Acesso em 21/12/2004.
93. MEDUAR, Odete. **Coletânea de legislação de direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
94. MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.
95. MELATTI, Julio Cezar. **Índios do Brasil**. São Paulo: Hucitec, 1980.
96. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.
97. MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: typ. Hermes Irmãos, 1912.
98. MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
99. NÓBREGA, J. Flóscolo. **Introdução ao direito**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.
100. NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **A moderna interpretação constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3497>. Acesso em: 08 fev. 2005.
101. OLIVEIRA, João Pacheco de. **Revisão de terras indígenas**. In. Revista Ciência Hoje, n.º 119, vol. 20. Extraído do site [www.agbcuritiba.hpg.ig.com.br](http://www.agbcuritiba.hpg.ig.com.br). Acesso em 13/05/2004.
102. \_\_\_\_\_. **Sociedades indígenas & indigenismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1987.

103. \_\_\_\_\_. **Indigenismo e territorialização. Poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo.** Rio Janeiro: Contra Capa, 1998.
104. PANTALEONI, Fany e SANTILLI, Márcio. (Orgs.) **Documentos do ISA n° 3 : Terras indígenas no Brasil: um balanço da era Jobim.** Disponível em [www.socioambiental.org.br](http://www.socioambiental.org.br), acesso em 30/12/2005.
105. PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Interpretação e aplicabilidade da Constituição: em busca de um Direito Civil Constitucional.** Jus Navegandi, Teresina, ano 7, n.º99, 10/10/2003. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4266>. Acesso em 17/07/2005.
106. PEREIRA, Renato Cintra de Barros. **A hermenêutica jurídica e as diversas espécies de interpretação do direito.** In. Estudantes Caderno Acadêmico, Ano 2, n.º 3, Recife: Faculdade de Direito do Recife – UFPE, 1999, págs. 41-49.
107. PONTES FILHO, Raimundo Pereira. **Estudos de história do Amazonas.** Manaus: Valer, 2000.
108. RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades indígenas.** São Paulo: Ática, 1986.
109. \_\_\_\_\_. **Indigenismo de resultados.** Série Antropológica 100. Brasília: DAN/UnB, 1990.
110. \_\_\_\_\_. **Os direitos do índio no Brasil: na encruzilhada da cidadania.** Série Antropológica 116. Brasília: DAN/UnB, 1991.
111. RAMOS FILHO, Wilson. **Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo.** In. Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar. MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho. Curitiba: Edibej, 1996.
112. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 2002.

113. ROCHA, Ana Flávia. **Conflitos em terras indígenas**. Disponível em: [www.sociambiental.org/onst/docs/index.html](http://www.sociambiental.org/onst/docs/index.html). Acesso em: 14 jul. 2004.
114. RUBIO, David Sanchez. **Filosofia, Derecho y Liberación en América Latina**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1999.
115. \_\_\_\_\_. **Reflexiones e (Im)precisiones en torno a la intervención humanitária y los derechos humanos**. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, n.º 22. Paraná: UNIBRASIL, 2003.
116. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social: Discurso sobre Economia Política**. São Paulo: Hemus, 7ª edição, 1994.
117. SANTILLI, Juliana. **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: NDI, 1993.
118. SANTILLI, Márcio. **Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil**. In: **Demarcando Terras Indígenas: experiências e desafios de um projeto de parceria**. Brasília: FUNAI/PPTAL/GTZ, 1999.
119. SANTOS, Boa Ventura de Souza. **Conhecimento prudente para uma vida decente – um discurso sobre as ciências revisitado**. São Paulo: Cortez, 2004.
120. \_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Edições Afrontamento, 2001.
121. \_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena**. In: Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena. Bogotá: Anais do Primer Seminario Nacional sobre jurisdicción indígena y autonomía territorial.
122. SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Terras indígenas: súmula 650 só incide em ações de usucapião**. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 17/07/2005.

123. SANTOS, Marcos André. **O Direito como sistema rumo a uma hermenêutica de princípios**. In. Estudantes Caderno Acadêmicos, Ano 2, vol. 3. Recife: UFPE, 1998, págs. 27-40.
124. SANTOS, Milton. **Território e sociedade**: Entrevista com Milton Santos. São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 1ª edição, 2000.
125. SANTOS, Silvio Coelho dos. **Sociedades indígenas e o direito: Uma questão de direitos humanos**. Santa Catarina: Editora UFSC, 1985.
126. SCHUBERT, Arlete Pinheiro. **A Soberania Ameríndia – Uma Antiga Ecosofia**. Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação em Filosofia da Religião. Espírito Santo: UFES, junho, 2001.
127. SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez, 2000.
128. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.
129. \_\_\_\_\_. **Direito constitucional ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2001.
130. \_\_\_\_\_. **Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios**. In. Direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: NDI, 1993.
131. \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.
132. SLAIBI FILHO, Nagib. **A norma constitucional**. Disponível em: [http://www.suigeneris.pro.br/direito\\_dc\\_nagibf1.htm](http://www.suigeneris.pro.br/direito_dc_nagibf1.htm). Acesso em: 08 fev. 2005.
133. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

134. \_\_\_\_\_. **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá/NDI, 1992.
135. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004
136. TARTUCE, Flávio. **A função social da posse e da propriedade e o direito civil constitucional**. Disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=159](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=159). Acesso em 17/07/2005.
137. TAVARES, Cláudia. **Novo mapa de demarcação de terras indígenas – Amazônia 2004**. Disponível em: [www2.tvcultura.com.br/reportereco/matéria.asp?materiaid=82](http://www2.tvcultura.com.br/reportereco/matéria.asp?materiaid=82). Acesso em: 24 dez. 2004.
138. TOURINHO NETO, Fernando da Costa e RAMOS, Alcida Rita. **Os povos tradicionais e as sociedades nacionais: conflitos de normas e superação**. Disponível em: [www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol24/artigos08.pdf](http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol24/artigos08.pdf). Acesso em: 24 dez. 2004.
139. VIAL, Sandra Regina Martini. **Propriedade da terra: análise sociojurídica**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003.
140. VIANA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
141. VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1995.
142. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.
143. \_\_\_\_\_. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995.
144. WOLKMER, Antonio Carlos. **Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

145. ZIMMERMANN, Augusto. **Princípios fundamentais e interpretação constitucional (análise meta-jurídica dos fundamentos axiológicos do ordenamento constitucional)**. Disponível em: [http://www.achegas.net/numero/nove/augusto\\_zimmermann\\_09.htm](http://www.achegas.net/numero/nove/augusto_zimmermann_09.htm). Acesso em: 08 fev. 2005.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.  
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.