



**UNISUL**

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA  
CARLOS FRANCISCO MACHADO MARTINS**

**DIREITO CONGÊNITO DOS INDÍGENAS À PROPRIEDADE**

Braço do Norte

2014

**CARLOS FRANCISCO MACHADO MARTINS**

**DIREITO CONGÊNITO DOS INDÍGENAS À PROPRIEDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Prof. Marcelo Rocha Cardozo, Esp.

Braço do Norte

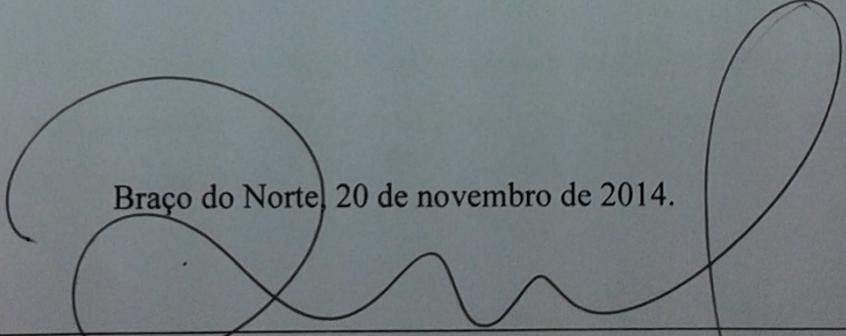
2014

**CARLOS FRANCISCO MACHADO MARTINS**

**DIREITO CONGÊNITO DOS INDÍGENAS À PROPRIEDADE**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

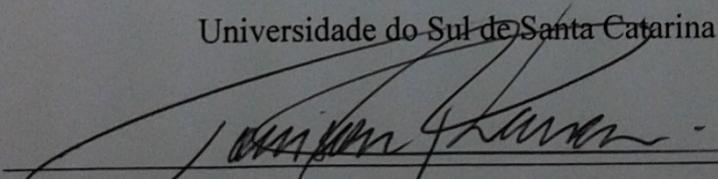
Braço do Norte, 20 de novembro de 2014.



---

Professor e orientador Marcelo Rocha Cardozo, Esp.

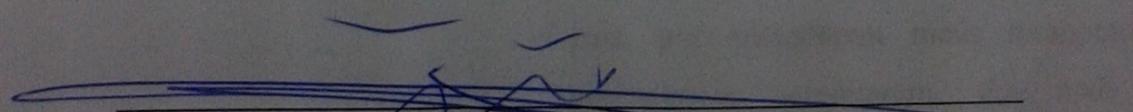
Universidade do Sul de Santa Catarina



---

Prof. Tonisson Rogério Chanan Adad, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina



---

Prof. Diego Santos Vieira, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico o presente trabalho a Angela e meus pais, por entenderem meus momentos de ausência e acreditarem, dia após dia, firmemente, em meu sucesso.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer, a Angela Novi, que, com seu companheirismo e seus conselhos pontuais, me ensinaram a ser mais paciente, tolerante e mais dedicado na busca pelos meus sonhos. Ao seu lado, aprendi a sonhar um sonho a dois, e enxergar, mesmo nos momentos mais difíceis, um caminho para seguir, deixo aqui meu agradecimento, pois ao seu lado, aprendi a verdadeiramente amar tudo que tenho.

Agradeço também a Francisco Carlos Martins, meu pai, cujos conselhos formaram grande parte do meu caráter. Foi enxergando suas qualidades e defeitos, que aprendi que o caminho do sucesso se forja com esforço, dedicação e talento.

Com Zara Machado, minha mãe, aprendi a ter autoconfiança e encarar o desconhecido de braços abertos, sem medo dos percalços e das quedas que a vida inevitavelmente apresenta.

Com Camila e Carla, aprendi que a dedicação aos estudos e a vida em sociedade, são ferramentas para a felicidade, bem como, garantia de equilíbrio.

Com Agamenon Oliveira e Matheus Bergman, meus grandes amigos, aprendi o valor da amizade, da camaradagem e dos laços inquebráveis que tal sentimento perpetua pelo tempo.

Com Rosana e Adriano, meus sogros, aprendi, ao olhar sua vida a dois, o valor do companheirismo da dedicação e da lealdade, características, em minha opinião, responsáveis pela construção dos mais sólidos relacionamentos felizes.

E com Floquinho, Layla, Nino, Cleo e Dexter, aprendi a humildade de enxergar nas coisas simples e rotineiras o milagre de estar vivo, e de poder construir para aqueles que eu amo, todas as coisas boas que desejo.

“O aprendizado é conhecimento, e conhecimento é liberdade e poder.” (Oliver Bowden)

## RESUMO

O presente trabalho trata de um tema controvertido e polêmico, palco de uma série de discussões junto ao cenário político-jurídico brasileiro, qual seja, o direito congênito dos indígenas à propriedade. Tal problemática parte de uma ideia ousada e inquietante, foco de discussão jurídica pautada em estudos históricos e antropológicos, de que muitas das terras ocupadas hoje no Brasil outrora foram habitadas por populações indígenas inteiras, detentoras de costumes, crenças, religião e estrutura social próprias, pressupondo um direito originário. Nessa senda, o estudo teve como objetivo geral analisar a legislação constitucional e infraconstitucional no que tange à evolução e assecuração dos direitos congênitos dos indígenas à propriedade, aplicando posicionamento doutrinário e/ou jurisprudencial, a fim de verificar a soberania de tal direito em face de atos atentatórios ao seu pleno exercício por parte da União e/ou particulares. Institutos correlatos, como o da demarcação de terras e ações judiciais com o objetivo de reconhecimento de tal direito também foram foco de análise, uma vez que, em que pese seu caráter secundário perante um direito previamente reconhecido, são úteis em trazer segurança jurídica às populações tradicionais. O método utilizado no presente trabalho foi o dedutivo, visto que se partiu de premissas gerais, como direito congênito dos indígenas à propriedade, relacionando-as com premissas menores, tratamento constitucional e infraconstitucional dado à matéria, desembocando na conclusão de que tal direito existe, porém é limitado. Como resultado do estudo, constatou-se que, apesar de os direitos congênitos dos indígenas à propriedade serem uma realidade reconhecida no Brasil, sobrepondo-se, inclusive, aos direitos à propriedade de não índios, estes são limitados por um intrincado arcabouço legal, fruto da contribuição dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no sentido de restrição de sua amplitude. Assim, concluiu-se que tal construção jurídica, implementada como lembrete da prevalência do direito da maioria em desfavor do da minoria, reconhece o direito congênito dos indígenas à propriedade, todavia, o limita ao interesse da União, para garantir a igualdade de tratamento entre silvícolas e demais membros da federação, o que consagra os ideais de isonomia e soberania nacional insculpidos como objetivos da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Direito congênito. Populações indígenas. Cultura. Demarcação de terras ocupadas.

## RÉSUMÉ

Cet article traite d'une question controversée et controversée, a organisé une série de discussions avec le scénario politico-juridique brésilien, à savoir, le droit de la propriété indigène congénitale. Cette partie problématique d'une idée audacieuse et inquiétant, objet de discussion juridique guidée par des études historiques et anthropologiques, que la plupart des terres occupées au Brésil d'aujourd'hui étaient autrefois peuplées par des populations autochtones entières, les porteurs de coutumes, croyances, religion et propre structure sociale, l'hypothèse d'un droit d'origine. Dans cette veine, l'étude visait à analyser la législation constitutionnelle et infra-constitutionnelle en ce qui concerne l'assurance de l'évolution et de la naissance des droits des autochtones à la propriété, l'application de la position doctrinale et / ou de la jurisprudence, afin de déterminer la souveraineté de ce droit dans le visage contre les attaques à leur plein exercice par l'Union et / ou les actes privés. Instituts associés tels que la démarcation des terres et des poursuites visant à la reconnaissance de ce droit étaient également au centre de l'analyse, car, en dépit de son caractère secondaire avant un droit déjà reconnu, sont utiles pour la sécurisation juridique des populations traditionnelle. La méthode utilisée dans ce travail était déductif, car il a quitté hypothèses générales, telles que le droit congénitale des peuples autochtones à la propriété, les rapportant à des locaux plus petits, et le traitement infra-constitutionnelle accordée à la question, se terminant par la conclusion qu'un tel droit existe mais est limité. Par conséquent. Étude, il a été constaté que, bien que la naissance des droits des autochtones à la propriété étant une réalité reconnue au Brésil, remplaçant même les droits de propriété des non-Indiens, ils ont été limités par un cadre juridique complexe, le résultat de la contribution le législatif, exécutif et judiciaire vers restriction de l'amplitude. Ainsi, nous concluons que cette construction juridique, mis en œuvre comme un rappel de la prévalence du droit de la majorité au détriment de la minorité, reconnaît le droit de propriété congénitale indigène, cependant, limitée à l'intérêt de l'Union, afin d'assurer l'égalité de traitement la foresterie et d'autres membres de la fédération, qui consacre les idéaux d'égalité et de la souveraineté nationale comme objectifs sculptés de la République fédérative du Brésil.

Mots-clés: Droit congénitale. Populations autochtones. Culture. Délimitation des terres occupées.

## **LISTA DE SIGLAS**

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

FUNAI - Fundação Nacional do Índio

INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

OIT - Organização Internacional do Trabalho

ONU - Organização das Nações Unidas

SPI - Serviço de Proteção ao Indígena

SPU - Secretaria de Patrimônio da União

STF - Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA .....	11
1.2 JUSTIFICATIVA .....	13
1.3 OBJETIVOS .....	14
<b>1.3.1 Objetivo geral</b> .....	14
<b>1.3.2 Objetivos específicos</b> .....	15
1.4 CONCEITOS OPERACIONAIS .....	15
1.5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS .....	17
1.6 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS .....	17
<b>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RELAÇÃO TERRA X PROPRIEDADE: UM BEM, DUAS CULTURAS</b> .....	19
2.1 PANORAMA SOCIOCULTURAL: EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PROPRIEDADE NAS SOCIEDADES AMERÍNDIAS E EUROPEIAS.....	19
2.2 O PROCESSO DE COLONIZAÇÃO BRASILEIRO E O CHOQUE DE CULTURAS ..	22
2.3 DOS CONFLITOS ENTRE AS POPULAÇÕES INDÍGENAS E EUROPEIA PELA PROPRIEDADE DA TERRA.....	24
<b>3 DIREITO CONGÊNITO DOS INDÍGENAS À PROPRIEDADE: EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL</b> .....	26
3.1 DICOTOMIA ENTRE OS CONCEITOS DE TERRA E TERRITÓRIO INDÍGENA.....	26
3.2 PERÍODO COLONIAL, O DIREITO DO INDÍGENA SOBRE A TERRA E O PROCESSO DE TOMADA DE PROPRIEDADE .....	27
3.3 DA REPÚBLICA À FASE PRÉ-CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988: POLÍTICAS DE ASSIMILAÇÃO CULTURAL .....	29
3.4 CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988: INSTRUMENTO DE LIBERDADE E GARANTIA DE AUTOAFIRMAÇÃO DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS .....	35
<b>4 DIREITO ORIGINÁRIO À PROPRIEDADE: QUESTÕES CONTROVERTIDAS</b> ..	39
4.1 DO PROCESSO DEMARCATÓRIO: DESCONSTRUÇÃO DA IDEIA DE OBRIGATORIEDADE.....	39
4.2 CASO RAPOSA SERRA DO SOL, PRONUNCIAMENTO DO JUDICIÁRIO ACERCA DA QUESTÃO INDÍGENA .....	43
4.3 DO CONFLITO ENTRE OS DIREITOS ORIGINÁRIOS E SOBERANIA NACIONAL .....	49

<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>54</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O direito à propriedade é um dos direitos básicos inerentes ao homem, o qual o acompanha desde o início das civilizações, e do processo de codificação das leis, a relação do indivíduo com o espaço físico em que habita constitui um direito natural, essencial ao pleno florescimento das relações interpessoais e da própria estrutura da sociedade.

Antes mesmo da chegada dos colonizadores às terras americanas, as populações indígenas já exerciam o domínio sobre as terras onde nasciam, cresciam e haveriam de morrer, havendo, portanto, um direito originário, em estágio embrionário.

### 1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Direito originário, conforme explica Souza Filho (2006, p. 122), “quer dizer que o direito dos índios é anterior ao próprio direito, à própria lei”. Assim, depreende-se basicamente que o direito indígena é anterior a qualquer direito codificado constituído, sendo conceito importante ao estudo do tema.

Na visão de Dantas (2005, grifo do autor), “a terra é para os povos indígenas *espaço de vida e liberdade*. O espaço entendido enquanto lugar de realização da cultura.”

Tomasino (1998, p. 6) explica que “cada sociedade elabora a sua concepção de tempo e de espaço conforme sua visão de mundo, a qual também orienta as suas práticas e relações sociais e simbólicas com a natureza e entre si”.

De tal posicionamento decorre outro importante pensamento: a visão de cada sociedade, e de que, conseqüentemente, sua organização social está intimamente ligada às percepções de tempo e espaço, bem como as práticas, usos e costumes que decorrem dessa percepção tornam-se a identidade desse povo, como também o conhecimento e a consciência necessários de sociedade. Logo, verifica-se uma projeção tangível de autoafirmação ligada diretamente ao binômio terra/propriedade.

Com o advento de uma sociedade organizada, com leis codificadas, a tendência natural deveria ser o respeito às diferentes etnias e à valorização do multiculturalismo, todavia, até pouco tempo atrás, caminhou-se na direção inversa, havendo, ao invés da valorização e do respeito, um lento processo de extinção da cultura e tomada da propriedade. (ARBOS; SOUZA FILHO, 2010, p. 65).

No âmbito da América Latina, o conceito de extermínio de culturas e usurpação de direitos só encontrou fim quando as constituições passaram a reconhecer o caráter plural e

multiétnico dos povos que a habitavam, buscando, acima de uma visão estagnada de civilização, preservar a biodiversidade sociocultural. (SOUZA FILHO, 2003, p. 93).

O direito congênito dos indígenas à propriedade é uma discussão que acompanha a própria história do Brasil, desde a corrida portuguesa para a colonização e catequização dos silvícolas, nascida nos idos do século XV, até os dias atuais. (SOUZA FILHO, 2009, p. 21). Sob tal ótica, as terras do recém-descoberto continente sempre foram palco de intermináveis disputas, muitas vezes sangrentas, que culminavam, não raro, no expurgo da cultura indígena, seus costumes e sua própria estrutura social. (GONZALES, 1991, p. 72-73).

Somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que dedicou um capítulo exclusivo aos direitos indígenas, houve, dentre outros, o pleno reconhecimento dos direitos originários dos povos indígenas à terra, havendo, no bojo da constituição cidadã o resgate de um dos principais pressupostos para o florescimento das comunidades indígenas, qual seja, a garantia de acesso ao território em que habitam (SOUZA FILHO, 2009).

Nesta senda, inserido em tal gama de direitos, destaca-se o direito à propriedade, descrito no artigo 231, §1º, do aludido diploma:

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

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (BRASIL, 1988).

Urge observar que, além das disposições trazidas no artigo anterior, outros dispositivos constitucionais importantes, como o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), e infraconstitucionais, como o Decreto nº 7.747, de 2012 e Declaração Universal dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (ONU), vieram resgatar os direitos indígenas, garantindo a autoafirmação de tais povos e, em consequência, o respeito à dignidade e à diversidade cultural. (SOUZA FILHO, 2009).

Dos dispositivos anteriormente citados, merece especial destaque o artigo 67, do ADCT, o qual introduz, no campo do presente estudo, o instituto da demarcação de terras, que também será abordado no presente trabalho. Tal dispositivo estabelece prazo de cinco anos, contados da promulgação da CRFB/88, para demarcação de todas as terras indígenas em território nacional, política clara de respeito ao direito indígena à propriedade, e que

será fruto de novas discussões no decorrer do estudo.

Nas palavras de Antônio Carlos de Souza Lima, a demarcação de terras tem o objetivo de delimitar fronteiras discriminadas e fechadas para os grupos indígenas (LIMA, 1998, p. 208). Importante observar, entretanto, que a demarcação de terras indígenas é um requisito meramente secundário, sendo que o direito originário, ou genético, a tais terras é inerente ao ato demarcatório, assim, “o que define a terra indígena é a ocupação, ou posse ou o ‘estar’ indígena sobre a terra e não a demarcação”. (SOUZA FILHO, 2006, p. 148, grifo do autor).

De outra banda, observou-se, no decorrer do tempo, o desrespeito das instituições ao direito congênito dos indígenas a suas terras, consubstanciados em disputas judiciais intermináveis, com o objetivo de permitir a utilização de terras indígenas ora pela União, ora por particulares, sem o consentimento ou participação dos povos indígenas, o que se constitui flagrante desrespeito ao direito destes à propriedade. Desse modo, tendo em vista os embates ocorridos entre legislações que defendem o direito congênito indígena à propriedade, e interpretações legislativas que buscam mitigar esse direito, o estudo de tal tema, delimitado especificamente nas raias da propriedade e dos direitos que desta decorrem se fazem necessários.

Outrossim, a fim de atingir tal objetivo, busca-se, pela via monográfica, restrita ao âmbito indigenista do direito à propriedade, esclarecer o tema de estudo, palco de discussões que põem no cenário jurídico a importância do respeito à Constituição e à biodiversidade cultural. Assim, com o presente estudo, procura-se verificar, por meio de uma análise histórico-jurídica, a amplitude do direito indígena à propriedade garantido constitucional e infraconstitucionalmente, e em que casos ele se sobrepõe aos direitos de terceiros e da própria União na defesa do bem-estar do povo considerado indígena.

## 1.2 JUSTIFICATIVA

Apesar de possuir caráter especial e de relevante importância para a construção do saber jurídico enquanto emaranhado étnico social, o direito indígena não recebe a atenção necessária de juristas e operadores do Direito, que o tratam como simples forma paralela de estudo.

Desse modo, busca-se, através do presente trabalho, limitado aos aspectos do direito à propriedade, a exposição do tema, que possui ligação com os ideais de autoafirmação e respeito à diversidade constantes na Constituição Federal.

No bojo de um estado democrático de direito expresso por uma Constituição cidadã, observa-se que o estudo do direito indígena, com foco na propriedade, é uma das formas encontradas para fazer valer o caráter de inclusão inspirado pelo legislador originário, cuja preocupação era assegurar os direitos culturais e territoriais às comunidades tradicionais. (SANTILLI, 2005, p. 79-81).

Nesta perspectiva, o estudo do direito genético dos indígenas à propriedade é questão que se reveste de atualidade, devendo ser largamente debatida e levada ao conhecimento de toda a comunidade jurídico-acadêmica, visto que os direitos indígenas, segundo Souza Filho (2009, p. 54), são históricos, imprescritíveis, não se extinguindo com o passar dos anos nem se submetendo a inovações jurídicas que tenham por objetivo ameaçar a gama de conquistas já adquiridas pela via legislativa.

Destaca-se, nesse cenário, a relevância social do estudo, que objetiva, com o debate acerca do histórico direito pleno do índio à terra, expor o caráter multiétnico e pluricultural que influenciou a Constituição cidadã de 1988, a qual lançou as bases para uma nova configuração de Estado, mais inclusivo, aglutinador de minorias e aberto ao respeito das diferentes etnias. (JUNQUEIRA, 1999, p. 37-38).

Conforme observa Souza Filho (2009, p. 28, grifo do autor):

[...] a Constituição Federal brasileira de 1988 reconhece o caráter pluricultural ou multiétnico da população. Sem dúvida, este feito reflete o novo processo dos fenômenos étnicos, que expressam o surgimento de novos movimentos e novas formas de organização dos povos indígenas. Portanto, deve-se considerar que há um reconhecimento constitucional da pluriétnicidade, o que significa uma ruptura com as políticas homogeneizadoras e assimilacionistas inspiradas no liberalismo republicano e no populismo ‘desenvolvimentista’.

O Brasil é um país marcado pela miscigenação, bem como pela integração entre suas mais variadas etnias, e expor a realidade indígena sob a ótica de direitos historicamente reconhecidos e anteriores à própria lei é reafirmar seu direito à propriedade.

Ademais, fazendo uso dos institutos, leis e entendimentos sobre o assunto é que se ressalta a garantia do respeito às diferenças, consagrando, dessa forma, os ideais elencados constitucionalmente para a construção de um país melhor.

### 1.3 OBJETIVOS

#### 1.3.1 Objetivo geral

Analisar a legislação constitucional e infraconstitucional, aliada a estudos históricos e antropológicos, no que tange à evolução e asseguuração dos direitos congênitos dos indígenas à propriedade, aplicando a este estudo posicionamento doutrinário e/ou jurisprudencial, a fim de verificar a soberania de tal direito em face de atos atentatórios ao seu pleno exercício por parte da União e/ou particulares.

### 1.3.2 Objetivos específicos

- a) Verificar o conceito de propriedade aplicado aos povos indígenas, identificando eventuais semelhanças e diferenças entre este e o direito à propriedade tradicional, consagrado no Código Civil;
- b) estabelecer a dicotomia entre os conceitos de terra e território, bem como os impactos dessa diferenciação para as populações indígenas;
- c) identificar o direito congênito à propriedade no ordenamento jurídico atual com ênfase no caráter vital da propriedade indígena à própria identidade social de uma etnia, parte componente do Estado Brasileiro e, portanto, sujeita à aplicação de princípios constitucionais inerentes à condição humana;
- d) analisar a legislação constitucional e infraconstitucional, aliando a esta o estudo antropológico e histórico, com o fito de verificar a evolução do conceito de propriedade nas populações indígenas, bem como os impactos atuais em sua forma de enxergar a realidade;
- e) descrever o processo de legitimação do direito indígena, em face da evolução histórico-social do país, que abandonou um conceito de erradicação da cultura indígena, por um conceito de inclusão de tais povos, característica consagrada pela Constituição Federal.

### 1.4 CONCEITOS OPERACIONAIS

**Direito congênito à propriedade:** direito anterior a qualquer ordenamento jurídico aplicado no Brasil, sendo que já era plenamente reconhecido pelos exploradores europeus que se fixaram nas terras brasileiras no início do século. Observa-se o comentário de José Afonso da Silva sobre o tema:

O indigenato. Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram

do que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de 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. (SILVA, 1993, p. 43).

**Posse permanente das terras habitadas por indígenas:** conceito de propriedade anterior à própria definição, exercido na prática pelos povos indígenas antes da formação do Estado Brasileiro, essencial à sobrevivência de tal grupo étnico. Nesse sentido, Cunha explica:

Para que se possa dar ao texto Constitucional o seu sentido próprio e uma aplicação prática, é indispensável ajustar ao conceito de habitação ao sistema de vida dos silvícolas e à sua natureza mais ou menos nômade. Assim a sua posse estaria vinculada não à idéia de habitação como a entendemos, mas de acordo com os costumes indígenas e as necessidades de sua subsistência, levando em consideração a importância da caça e da pesca na vida do indígena. Evitei, portanto, o conceito que considerava a posse o exercício de alguns dos direitos inerentes à propriedade, que levaria a um terreno polêmico pois o domínio é da União, preferindo subordinar a posse aos costumes e hábitos dos próprios índios e a sua vinculação à terra. (CUNHA, 1987, p. 101).

**Propriedade como instrumento de preservação da identidade étnico-cultural de um povo:** entende-se a propriedade indígena como forma de garantir o direito de determinada etnia à autoafirmação. A jurisprudência manifesta-se de forma coerente ao proteger tais preceitos, conforme elucida Badin (2006, p. 139-140):

O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural e intelectual. Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos silvícolas, trata-se de habitat de um povo.

**Demarcação de terras indígenas:** a demarcação não se constitui como forma de legitimação do direito à propriedade, sendo que a simples habitação da população indígena no local comprova sua condição de possuidora da terra. Aliado a tal posicionamento, colhe-se julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

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

1. Delimitada a área de propriedade do impetrante como integrante da Terra Indígena Kayabi, compete à FUNAI zelar pela sua integridade, apesar de não ter sido ainda demarcada, eis que 'a demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira'. [...] (BRASIL, 2004, p. 58).

## 1.5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O método de abordagem escolhido para o desenvolvimento do presente trabalho foi o dedutivo, uma vez que se parte da análise, pela via aristotélica do raciocínio lógico, de premissas gerais, desembocando em premissas particulares. (SANTOS, 2008).

Seguindo tal orientação, o estudo partiu de premissa geral “direito congênito do indígena à propriedade”, relacionando-se com uma premissa menor “o tratamento constitucional e infraconstitucional dado atualmente ao direito dos indígenas à propriedade, levando em consideração uma política de autoafirmação e liberdade dos povos”.

Assim, verifica-se que, pela via do método dedutivo, o pesquisador constrói as bases teóricas do conhecimento, chegando a conclusões não excedentes das premissas, e que proporcionam contribuição para a pesquisa e todos ligados ao seu espectro de beneficiamento. (MIRANDA NETO, 2005, p. 23).

Quanto ao nível de pesquisa, optou-se pelo tipo descritiva. “Esta pesquisa é aquela que analisa, observa, registra e correlaciona aspectos (variáveis) que envolvem fatos ou fenômenos, sem manipulá-los.” (LEONEL; MOTTA, 2007, p. 102). Nessa senda, não haverá qualquer tipo de interferência, sendo que ocorrerá tão somente a análise de lei e doutrina. No que diz respeito ao procedimento, adotou-se a pesquisa bibliográfica, atendo-se à análise de livros, legislação escrita, manuais e meios eletrônicos de acesso à informação. (LEONEL; MOTTA, 2007).

Desta feita, observa-se que o presente trabalho, com o objetivo de analisar o direito indígena à propriedade e os demais aspectos que envolvem o tema, fez uso das variadas fontes de conhecimento disponíveis, a fim de elucidar o problema de pesquisa e contribuir para a comunidade acadêmica.

## 1.6 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

O desenvolvimento da monografia foi estruturado em três capítulos, com suas respectivas ramificações. O primeiro capítulo trata da evolução histórica dos conceitos de

terra e propriedade, inicialmente sob um panorama da diferente conceituação entre as sociedades ameríndias e europeias, seguida pelo processo de colonização do Brasil, e o inevitável choque de culturas, culminando no conflito entre europeus e populações indígenas, tendo como pano de fundo a guerra pela tomada de território.

No segundo capítulo, aborda-se a evolução histórico-jurídica do direito congênito dos indígenas à propriedade, pautado, inicialmente, na dicotomia entre os conceitos de terra e propriedade seguidos pela análise da evolução histórico-legislativa das políticas voltadas à defesa dos direitos indígenas, em especial no que concerne à propriedade, no período colonial, passando pela República até a fase pré-constituição cidadã de 1988, culminando no atual tratamento da legislação constitucional e infraconstitucional a respeito do assunto, bem como os impactos e mudanças ocasionadas por esse novo período.

O terceiro e último capítulo versa sobre três questões controvertidas que se relacionam diretamente com o direito congênito dos indígenas à propriedade, quais sejam, o processo de demarcação bem como seu caráter não obrigatório, o emblemático caso da Reserva Raposa Serra do Sol, e, por fim, os conflitos envolvendo o direito congênito e a soberania nacional.

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RELAÇÃO TERRA X PROPRIEDADE: UM BEM, DUAS CULTURAS**

### **2.1 PANORAMA SOCIOCULTURAL: EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PROPRIEDADE NAS SOCIEDADES AMERÍNDIAS E EUROPEIAS**

Antes da colonização portuguesa e do contato do homem europeu com as terras americanas, as populações indígenas floresciam sob um conceito diferente de sociedade, pautado na consonância entre indivíduo e natureza, com uma estrutura social voltada ao trabalho coletivo igual e de forma sustentável, muito diferente dos valores e conceitos dos povos europeus, fundados consubstancialmente na tomada de terras e exploração de recursos e pessoas (SILVA, 1993, p. 47).

Inicialmente, para compreender a acepção da propriedade sob a ótica europeia, deve-se empreender uma viagem rumo aos primórdios das civilizações que serviram de base para o modelo atual, ou seja, as sociedades grega e romana.

Segundo Coulanges (2006), o conceito de propriedade estava intimamente ligado ao binômio família x religião, sendo que o motivo de existência do primeiro dava-se em função da crença e exercício das práticas religiosas no âmbito doméstico, em que os familiares mortos possuíam o papel de divindades, adoradas dentro de um determinado espaço físico. Conforme sua perspectiva, acerca da propriedade, relata:

Há três coisas que, desde as mais antigas eras, encontram-se fundadas e solidamente estabelecidas nas sociedades grega e itálica: a religião doméstica, a família, o direito de propriedade; três coisas que tiveram entre si, na origem, uma relação evidente, e que parecem terem sido inseparáveis. A idéia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu lar e seus antepassados. Esses deuses não podiam ser adorados senão por ela, e não protegiam senão a ela; eram sua propriedade exclusiva. (COULANGES, 2006).

Importante salientar que tal retrospectiva inicial, focada na relação de propriedade sob a ótica grega e romana, serve ao presente estudo como ponto em comum da visão de propriedade, uma vez que, nesse período, pode-se vislumbrar a semelhança entre a propriedade sob a visão de uma sociedade pré-europeia e a mesma visão de propriedade sob a vivência das sociedades indígenas primitivas. Sob esse aspecto, verifica-se que ambas as sociedades tratavam a terra como espaço de livre exercício cultural, religioso, voltado ao coletivismo.

Com a evolução da sociedade, a relação do homem europeu com a terra assumiu

um caráter diferenciado, voltado ao aspecto econômico, culminando na evolução do tratamento coletivo e plural para uma ótica privada e individualista. No bojo de tais mudanças, conceitos como o patriarcalismo e famílias monogâmicas ocuparam o cenário da propriedade. (BRAGA, 2009, p. 07-08).

Assim, “ao transformar todas as coisas em mercadorias, a produção capitalista destruiu todas as antigas relações tradicionais e substituiu os costumes herdados e os direitos históricos pela compra e venda, pelo livre contrato.” (ENGELS, 1982, p. 86).

Vale destacar que a visão europeia da terra acompanhou a evolução dos estados europeus e, conseqüentemente, de sua sociedade. A terra não era mais vista como espaço coletivo de desenvolvimento, mas, sim, como instrumento de exploração pelo indivíduo, que amealhava em proveito próprio suas riquezas. Nesse patamar embrionário do capitalismo, em pleno período mercantilista, as potências europeias buscavam a expansão de seus domínios, com o objetivo exclusivo, ao exemplo da América Latina, de conquistar e explorar a terra. (BRAGA, 2009, p. 12-14).

Dessa forma, ressalta-se que a visão dos povos europeus sobre a terra limitava-se a seu potencial econômico, pautado no extrativismo. Logo, o que se experimentou, por oportunidade da lenta evolução social no velho continente, foi o abandono da noção familiar/coletiva/plural do uso da terra, vislumbrando-se uma ótica mais fria de relacionamento com o meio em que habitavam, pautado exclusivamente no aspecto econômico, acompanhado de uma ideologia voltada à dominação, em favorecimento ao então nascituro sistema capitalista. (ROMANO, 1989, p. 16-17).

De outra banda, a concepção indígena da propriedade segue a tendência contrária à europeia. Para o silvícola, sua relação com o espaço em que habita se verifica não somente pelo caráter extrativista (diferenciado do conceito extrativista europeu), mas, sim, por sua completa sintonia com esse espaço. Assim, na vivência indígena, a terra não existe como instrumento de exploração de riqueza, porém, ao contrario, como organismo vivo de difusão de seus mitos, histórias, parentesco, cosmologia, língua, medicina e sistemas políticos e de organização social. (AZANHA, 2005, p. 19-20).

De tal postulado, depreende-se outra ideia fundamental, conforme pontua Oliveira Filho (1989, p. 26), a qual pressupõe que os povos indígenas, desde muito antes do processo de tomada e exploração por parte dos europeus, não viam a terra como mero acessório que lhes pressupunha propriedade, pelo contrário, a natureza das próprias sociedades indígenas não se ligava ao pré-estabelecimento de limites territoriais, concepção incutida pelo conquistador europeu.

Nesse contexto, a visão indígena da propriedade assumia papel desinteressado da ótica capitalista do ganho e do lucro, o indígena mantinha uma relação com a terra pautada na pluralidade, no bem-estar social e na vida em comunidade, a terra, tal qual tudo que nela havia, representava para o silvícola o aspecto tangível de sua identidade, logo, o mesmo se identificava com a natureza, e vivia a ela plenamente integrado, em uma relação mútua de respeito. Nessa perspectiva, vislumbra-se, dentre outras coisas, o embrião da atual postura em prol do desenvolvimento sustentável. (GALLOIS, 2004a, p. 19-23).

Segundo Gallois (2004b, p. 36), o conceito de território e a visão individualista da propriedade da terra passaram a figurar na realidade indígena a partir da interação deste com culturas externas, o que levou a uma modificação da compreensão do silvícola no espaço em que habita.

Neste sentido:

Um exemplo desse tipo de análise pode ser resumido a partir da experiência dos índios Wajãpi que vivem no estado do Amapá. Entre a primeira proposta de delimitação desta Terra Indígena, encaminhada à Funai em 1978, e a conclusão da demarcação física em 1996, os Wajãpi modificaram radicalmente sua auto-imagem. [...] Hoje, todas as relações com o exterior encontram-se integradas a uma rede interna e é nesse processo que surgiu uma idéia de território, antes inexistente.

Sintetizando, passaram de:

- uma auto-representação não-centralizada (e sem conotação étnica), baseada nos padrões de sociabilidade interna, onde a organização e ocupação territorial limitavam-se à apropriação de percursos historicamente rememorados com que marcavam grosso modo áreas de trânsito dos grupos locais (-wan); não existia um ‘território’ mas zonas suporte do ‘modo de ser fragmentado’, como se pode traduzir a expressão *ekowa* (lugar onde ‘eu’ vivo meu modo de ser) usada por um indivíduo para designar seu pertencimento à um grupo local;
- para uma auto-representação étnica, a categoria ‘nós Wajãpi’, que nasceu do enfrentamento ao modo de ser alheio e que, gradativamente, veio a se expressar na reivindicação de uma base territorial exclusiva: *jane yvy*, ‘nossa terra’. Termo este que só existe enquanto conceito global acoplado ao ‘nós Wajãpi’, pois não faria sentido, nem ontem nem hoje, atribuir aos grupos locais uma base territorial. Só há terra para esse todo construído, a noção de um coletivo ‘Wajãpi’, produzido ao longo de mais de duas décadas. (GALLOIS, 2006, p. 37-38, grifos do autor).

Fazendo uma retrospectiva histórica, verifica-se, no processo de colonização brasileiro, de forma prática, o choque entre as concepções de propriedade com relação a terra, uma vez que, antes da chegada do europeu/conquistador/dominador, os indígenas entendiam a mesma como uma extensão de sua própria comunidade, espaço de comunhão com a natureza e de perpetuação de tradições, cultura e vida inexistia qualquer conceito de propriedade. Já com a chegada do europeu, a visão coletiva da terra cedeu lugar a intensas lutas por território,

o que levou à gradativa modificação da visão indígena e à incorporação do conceito de propriedade pelos silvícolas.

## 2.2 O PROCESSO DE COLONIZAÇÃO BRASILEIRO E O CHOQUE DE CULTURAS

Com o advento do descobrimento e ocupação das terras indígenas, iniciou-se um lento processo de ocupação e tomada dos espaços pertencentes aos índios, culminando na apropriação indiscriminada das terras indígenas e posterior retirada de tal povo, que foi integrado como mão de obra ao processo exploratório do recém-nascido país colônia. (ANTUNES, 2008, p. 43).

No Brasil, tal prática, segundo Araújo et al. (2006, p. 24), iniciou nos idos de 1500, com a apropriação indevida das terras indígenas por parte da coroa portuguesa, a qual lançou as bases de uma política de tomada indiscriminada de território, marcada pelo aspecto da conquista do “homem civilizado” sobre o indígena.

A fase inicial de colonização por parte dos recém-chegados portugueses foi marcada pelo transplante de ideias europeias de natureza mercantilista em uma sociedade calcada na coletividade como base cultural, onde o solo era explorado em caráter comunitário e os resultados dessa exploração produtiva eram partilhados entre os membros da comunidade. Nessa fase, o silvícola desconhecia a noção de bem/propriedade/valor financeiro. (SERRA, 2003, p. 23-34). Para o autor:

As tribos indígenas não haviam transposto ainda a idade da pedra, não conheciam a propriedade privada da terra, havendo apenas uma delimitação das áreas dependentes de cada tribo, as quais necessariamente eram muito extensas, face à pequena capacidade de produção por hectare em uma sociedade que vivia da caça e pesca, da coleta de frutos e de uma agricultura precária, baseada na reprodução de diferentes espécies de tubérculos, em especial a mandioca. Eram impelidos a migrações constantes, em busca de alimentos, forçados por uma agricultura em que o fogo era o principal instrumento de preparo da terra. (SERRA, 2003, p. 41).

Cabe enfatizar que, desde o início do processo de colonização, impulsionado inicialmente pelo descobrimento da América em 1492 e pelas intensas disputas entre os reinos de Portugal e Espanha (que culminaram na assinatura do Tratado de Tordesilhas), o único e exclusivo interesse das grandes potências europeias era voltado à exploração dos diferentes potenciais das “terras recém-descobertas”, logo, uma visão baseada no extrativismo agressivo precursor do capitalismo. (SOUZA FILHO, 2006, p. 73). Prova disso é a famosa carta escrita por Pero Vaz de Caminha, a seguir destacada:

[...] Esta terra, Senhor, é muito chã e muito formosa. Nela não podemos saber se haja ouro, nem prata, nem coisa alguma de metal; porém, a terra em si é de muitos bons ares [...] as águas são muito e infindas. Em tal maneira (a terra) é grandiosa que, querendo aproveitá-la, tudo dará nela, por causa das águas que tem. Porém, o melhor fruto que dela se pode tirar me parece que será salvar esta gente. E esta deve ser a principal semente que Vossa Alteza nela deve lançar. E que não houvesse mais que ter aqui Vossa Alteza esta pousada para a navegação [...], isso bastava. Mas ainda, disposição para nela cumprir-se – e fazer – o que Vossa Alteza tanto desejava, a saber o acrescentamento da nossa Santa Fé! [...], pois o desejo que tinha de tudo vos dizer, mo fez por assim pelo miúdo. Beijo as mãos de Vossa Alteza. Desde Porto Seguro, da Vossa Ilha de Vera Cruz, hoje, sexta-feira, primeiro dia de maio de 1500. (CAMINHA, 2014).

Outrossim, no que toca ao espírito intrépido e conquistador das sociedades europeias da época da colonização, bem como seu caráter de dominação de cultura e apropriação de território, importante observar um caractere diferenciador do processo de dominação do Brasil pelos portugueses: a terra ocupada pelos indígenas era vasta, repleta de potencial e com dimensões continentais. (MARCHAND, 1943, p. 31-35).

Em que pese a experiência da coroa portuguesa na aplicação do modelo de dominação e, por conseguinte, de arrebatamento da terra, as populações indígenas habitavam um espaço sem definição, diferenciado e com potencial de riqueza não mensurável. Assim, o projeto de colonização portuguesa foi o de primeiramente modificar a concepção do espaço conhecido, moldando-o às concepções europeias. (MALDI, 1997, p. 182-187).

Ainda conforme o autor,

em contraposição a esta Europa mediterrânea, a América encontrada era desmesurada, imensa: rios que pareciam oceanos, árvores de altura inacreditável. A diferença de escala no mundo físico foi um impacto, também porque abrigava uma humanidade distinta e desconhecida. Não é por outra razão que a construção da geografia da América se situaria numa relação dialética entre ficções, mitos e realidades, constituindo as imensas ‘geografias imaginárias’. (MALDI, 1997, p. 186, grifo do autor).

Dessa forma, com a chegada do povo europeu às terras ocupadas pelas populações indígenas, inevitável seria o estabelecimento, *a priori*, de uma relação de parceria com os mesmos, tendo por objetivo a apreensão de costumes e organização social.

Sob essa ótica heterogênea de parceria, verifica-se que:

A questão essencial na vida de portugueses e indígenas em conjunto, consistia em que os portugueses eram poucos, em número, numa terra vasta, nova para eles, de tal modo que tinham de lançar mão dos ‘bárbaros’. Destes receberam não só os comestíveis indígenas aproveitáveis, mas também os métodos de cultivá-los, e copiaram os métodos dos indígenas de caça e pesca. Adotaram o estilo indígena nas casas e embarcações, e também seus métodos de construção. Mais importante do que isto: não dispondo inicialmente de mulheres europeias, os portugueses ligaram-

se intensamente às índias e adotaram muitos dos seus costumes. Precisamente na questão das relações econômicas, traça os passos pelos quais os portugueses obtiveram dos indígenas tudo o que necessitavam. Primeiro, porque eram fracos e escassos, trataram os nativos com grande cautela, e, é claro, com temor, pois nada sabiam a seu respeito e não se sentiam suficientemente fortes para enfrentar a hostilidade dos naturais da terra. Levavam consigo muita coisa que os índios cobiçavam pela novidade ou pelo brilho, e tudo isso ofereceram para induzir os índios a trabalhar para eles. (VARNHAGEN, [1926-1936?], p. 276-277, grifo do autor).

Sendo assim, após o primeiro contato, as relações de exploração da terra ocorreram em parceria com as populações indígenas, que contribuía, com seus conhecimentos, em favor do recém-chegado povo europeu em troca de produtos de seu interesse, muitas vezes, desproporcionalmente inferior ao valor do que forneciam aos europeus. Todavia, em função das diferentes visões de sociedade e da crescente troca de experiência cultural, o regime de parceria chegou a um ponto insustentável, dando azo ao processo forçado de tomada da terra, da escravidão da população indígena e, conseqüentemente, do conflito.

### 2.3 DOS CONFLITOS ENTRE AS POPULAÇÕES INDÍGENAS E EUROPEIA PELA PROPRIEDADE DA TERRA

Após o contato inicial entre as culturas indígena e europeia, seguiu-se um curto período de trabalho em parceria entre portugueses e os habitantes iniciais do Brasil, pautado pelo escambo. Com o passar do tempo, os indígenas passaram a se desinteressar pelos itens corriqueiros que eram objeto de troca e, por seu turno, os portugueses passaram a se sentir mais fortes e aptos a empreender a tomada e administração das recém-chegadas terras por conta própria. Nesse cenário, a consequência natural foi a guerra, escravidão da população indígena e tomada indiscriminada de território. (MARCHAND, 1943, p. 27).

Varnhagen [1926-1936?], p. 276-277) traça um panorama acerca do crescente conflito:

Quando os portugueses desembarcaram, agiram com cautela pelo temor de precipitarem, inadvertidamente, um ataque dos índios. À medida que viviam na terra, começaram a compreender a imprevidência, a perfídia e a inconstância dos índios, e, comparando essas qualidades às suas, tornaram-se impacientes e intolerantes com aquela barbárie. Ao mesmo tempo, os índios, aprendendo mais acerca dos portugueses, começaram a desprezá-los pela sua cautela e prudência; a repugnância em dar a morte a outro homem era a maior prova de covardia, e a covardia era a suprema vergonha.

Todavia, importante pontuar que, no que diz respeito à sistemática eficiência com que os portugueses aplicaram seu projeto de tomada e exploração da terra em desfavor dos indígenas, por meio da guerra, estes não aceitaram a dominação imposta pelo povo europeu, e, na defesa de uma concepção de território ainda embrionária, resistiram e, muitas vezes, procederam a ataques contra os portugueses. (VAINFAS, 1995, p. 46-47).

Nesse contexto, observa-se o papel reacionário das populações indígenas, que, na batalha por seu território, não raro perpetravam a violência e eram sujeitos ativos contra o processo de dominação imposto pelas potências europeias. (HELY SILVA, 1995, p. 97-98).

Segundo Resende e Langfur (2007):

No caso dos Puri e dos Botocudo, eles repetidamente iniciavam ataques em territórios recentemente ocupados e, em alguns casos, até em territórios já considerados firmemente controlados pelo poder colonial. Os índios, em suma, eram ao mesmo tempo vítimas e perpetradores de violência. Naturalmente, até a mais cuidadosa leitura de fontes escritas pelos colonizadores pode apenas dar uma breve visão de como essa luta era vista pelos índios. No entanto, tal análise sugere claramente que eles se comportavam de forma muito diferente da que os colonizadores retratavam como a natureza irracional da resistência indígena.

Outro aspecto importante que levou à derrocada da resistência indígena no decorrer do período colonial brasileiro, e que reflete na situação atual das populações indígenas, é a falta de articulação entre os diferentes expoentes de sua cultura, o que leva, somado a outros fatores, à tomada indiscriminada de seu território, conforme expõe Vainfas (1995, p. 48):

A superioridade militar dos europeus e a dificuldade dos indígenas de se unirem contra o inimigo comum, foram fatores que prejudicaram esse tipo de resistência. Os indígenas, divididos por rivalidades tribais, auxiliavam os europeus na luta contra outros indígenas. Mas nas poucas ocasiões em que conseguiram se unir, na forma de confederações, foi penoso para os europeus dominá-los.

Assim, de tal choque de culturas, decorreu a ruptura das boas relações entre portugueses e indígenas, ocasionando a guerra. Nesse cenário, os portugueses contavam com maior vantagem e conhecimento sobre os nativos, e aplicaram, sob a batuta da submissão e conversão do índio aos costumes europeus, o projeto de colonização e tomada de terras das populações indígenas, que acompanharam todo o período colonial, e cujos impactos repercutem até os dias atuais. (VARNHAGEN, [1926-1936?], p. 277).

### **3 DIREITO CONGÊNITO DOS INDÍGENAS À PROPRIEDADE: EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL**

#### **3.1 DICOTOMIA ENTRE OS CONCEITOS DE TERRA E TERRITÓRIO INDÍGENA**

Para o pleno desenvolvimento do presente estudo, importante inaugurar o presente capítulo traçando um panorama acerca da dicotomia entre os conceitos de terra e território. Tal distinção favorece o debate a ser desenvolvido no presente estudo, uma vez que é representativo do aporte de ideias que compõem o tema em discussão, qual seja, o direito congênito dos indígenas à propriedade.

Gallois (2004a, p. 23-25) entende que a terra configura-se como uma parcela tangível relacionada ao território, que, historicamente, compreende uma estrutura mais ampla inserida no espaço. Assim, o que se verifica no cenário atual não é a simples luta pela terra, parcela menor, e sim pelo território, espaço pleno de realização da cultura e desenvolvimento das populações indígenas.

Ademais, sobre a presente discussão, Dominique Tilkin Gallois prossegue no debate em relação ao tema, defendendo o processo de dicotomia entre os dois conceitos sob o viés antropológico, no seguinte sentido:

[...] praticamente todos os grupos indígenas perderam grandes porções de seus territórios, fragmentados em parcelas que são reivindicadas e demarcadas, num parcelamento que gera novas reivindicações, assentadas no direito constitucional que enfatiza os 'direitos originários' dos índios sobre suas terras, independentemente da demarcação. Tal equação não é suficiente. Território não é apenas anterior à terra e terra não é tão somente uma parte de um território. São duas noções absolutamente distintas. Como expuseram vários estudos antropológicos, a diferença entre 'terra' e 'território' remete a distintas perspectivas e atores envolvidos no processo de reconhecimento e demarcação de uma Terra Indígena. A noção de 'Terra Indígena' diz respeito ao processo político-jurídico conduzido sob a égide do Estado, enquanto a de 'território' remete à construção e à vivência, culturalmente variável, da relação entre uma sociedade específica e sua base territorial. (GALLOIS, 2004a, p. 27-28, grifos do autor).

Desse modo, estabelecida a dicotomia entre terra e território, verifica-se a amplitude do desrespeito que se arrasta até os dias atuais, visto que a confusão destes conceitos importa em prestações jurídicas muitas vezes equivocadas, estabelecidas sob o pressuposto de que as populações indígenas fazem jus a "parcelas de terra" e não de um território, este, sim, espaço de desenvolvimento e manutenção de sua cultura. (SOUZA FILHO, 2010, p. 120-121).

No entender de Costa (1998, p. 45-47):

Exprimirá, a partir dessa relação, uma série de manifestações: mitos, ritos, cultos, socializações etc. Do mesmo modo, exprimirá, com seu trabalho e sua técnica, formas de apropriação e exploração desse espaço, marcando-o com as suas necessidades e seu modo de produzir e, por que não dizer, impregnando-o assim com sua cultura [...] O específico a reter, no nosso caso, entretanto, diz respeito ao fato de que esse grupo projeta sobre o espaço as suas necessidades, a organização para o trabalho e a cultura em geral, mas projeta igualmente as relações de poder que porventura se desenvolvam no seu interior [...] Por isso, toda sociedade que delimita um espaço de vivência e produção e se organiza para dominá-lo, transforma-o em seu território. Ao demarcá-lo, ela produz uma projeção territorializada de suas próprias relações de poder.

A relação dos indígenas com o espaço em que habitam é figura representativa da importância dada por essas comunidades em seu relacionamento com a terra. Para tais culturas, o território é meio de interação com a natureza, as águas, matas, animais e todos os bens que nele estão presentes, logo, a verdadeira idolatria das populações indígenas com relação ao espaço em que habitam não se encontra no valor econômico ou no potencial financeiro advindo de sua exploração, mas, sim, no processo de perpetuação da tradição e de um modo de ser diferenciado. (SOUZA FILHO, 2010, p. 119).

### 3.2 PERÍODO COLONIAL, O DIREITO DO INDÍGENA SOBRE A TERRA E O PROCESSO DE TOMADA DE PROPRIEDADE

Estabelecida a dicotomia entre o conceito de terra e território, faz-se necessário prosseguir sob a ótica da análise histórico-jurídica, a fim de compreender a evolução da legislação no decorrer do processo de desenvolvimento do Brasil.

Retroagindo ao início do período colonial, até a primeira metade do século XVI, a legislação portuguesa não se manifestava acerca do direito dos indígenas com relação às terras onde habitavam. Durante esse período, pairavam os termos do Tratado de Tordesilhas, bem como uma política sistemática de tomada indiscriminada da terra, pautada, inicialmente, na exploração extrativista, com a contribuição das populações indígenas, e após com o início de um processo de submissão marcado pela escravização da população nativa. (SOUZA FILHO, 2010, p. 31).

Em que pese a não manifestação da coroa portuguesa quanto à situação dos indígenas, a Igreja Católica, por meio da *bula veritas ipsa* de 1537, garantia aos povos indígenas das Américas, dentre outros direitos, a inviolabilidade de seus bens, nele compreendido, ainda que não integrante das concepções indígenas, o conceito de

território e propriedade, a proteção ao direito sobre suas terras. (LEITE, 1939).

Merece destaque o período decorrido entre 1580 a 1640, a chamada União Ibérica. Nesse interregno, marcado pela influência de ideias favoráveis à população indígena, implementaram-se políticas de proteção aos indígenas, aplicáveis ao presente estudo, às disposições pertinentes ao respeito aos indígenas aliados (aqueles convertidos ao Catolicismo). (MARQUES, 1988).

Em que pesem as políticas coloniais de respeito às populações indígenas e seus bens (em especial à terra), ocorreu, durante o período, o desrespeito com relação aos indígenas aliados, ao direito de ocupação das terras por eles originariamente habitadas, uma vez que eram realocados a áreas previamente delimitadas, muitas vezes, nos limites de suas próprias aldeias, prova do caráter dúbio e voltado ao modelo europeu de extrativismo agressivo e tomada de território que predominou durante todo o século. (COELHO, 2002, p. 61-62).

No decorrer do processo de colonização, a tendência de desrespeito prosperou, passando por cima, inclusive, de legislações criadas para assegurar o direito indígena à propriedade, caso explícito é o do Alvara Régio de 1º de abril de 1680, que propagava o respeito à posse das terras indígenas, por serem estes os primeiros ocupantes e donos naturais de suas terras. (ARAÚJO et al., 2006, p. 26).

A edição da norma não surtia efeito prático, pois o processo de expropriação e conquista se desenvolveu, indiscriminadamente, como observam Araújo et al. (2006, p. 24):

[...] Esse Alvará foi muito pouco respeitado, visto que as terras indígenas tornaram-se objeto de um continuado e sistemático processo de esbulho por parte dos colonos que, muitas vezes, contavam com o apoio explícito – senão com o estímulo – das autoridades da época ou, ao menos, com a sua omissão.

Outro método de confinamento e limitação do território indígena diz respeito ao processo de aldeamento, onde comunidades indígenas eram reunidas, muitas vezes de culturas e etnias diferenciadas, sob a administração de ordens religiosas (na maioria dos casos a ordem dos jesuítas), as quais seguiam o Regime das Missões, de 1686. Tal método demonstra a contribuição das instituições religiosas, que no período gozavam de *status* diferenciado perante as cortes europeias, para o processo de esbulho e de tomada indiscriminada de território, incluindo a mácula do confinamento das populações indígenas a espaços menores, técnica que favoreceu o desenvolvimento do modelo colonial pré-capitalista. (ARAÚJO et al., 2006, p. 29).

Exemplo claro de desrespeito por parte das autoridades da época foi a edição da Carta Régia de 12/05/1798, a qual incitava ao conflito, uma vez que declarava como devolutos os territórios conquistados/solapados das populações indígenas que resistiam ao domínio da coroa portuguesa nas famosas “guerras justas”. Cabe enfatizar que caracterizar as terras tomadas à força das populações indígenas como devolutas era prática comum da coroa portuguesa, um dos motivos pelos quais os povos indígenas levantam, até a atualidade, a bandeira de luta pelo direito à propriedade. (SILVA DIAS, 1982, p. 211).

Outrossim, apesar da manifestação da coroa portuguesa no sentido da proteção do direito indígena sob a batuta da submissão e da catequização, as tentativas da coroa portuguesa em promover a organização da ocupação de território pelos indígenas demonstraram um caráter de segregação e desrespeito daqueles com relação a estes. Assim, o processo de organização serviu ao chegado povo europeu como forma de controle e confinamento dos indígenas a pequenos espaços de terra, muitas vezes em lugares diferenciados, distintos de seus costumes e não compatíveis com seu modo de vida nômade e de constante movimentação. (MALDI, 1997, p. 189).

Aproximando-se o período colonial de seu fim, o desrespeito às populações indígenas, bem como o processo sistemático de esbulho das terras se intensifica, sendo agravado, em grande parte, por um fato histórico notório, qual seja, a vinda da família real portuguesa para o Brasil, em 1808. Nesse período, houve a implementação de uma série de medidas de combate às populações indígenas, com reflexo em uma drástica tomada de territórios pertencentes aos indígenas, sacramentando o processo de banimento e desrespeito ao seu direito originário. (DOLHNIKOFF; SILVA, 2000, p. 48-52).

Desde então, lançados à marginalidade e sem possibilidade de afirmarem-se enquanto povos soberanos de sua terra, os indígenas amargaram o desrespeito a seu direito originário de ocupar e usufruir daquilo que lhes pertencia.

### 3.3 DA REPÚBLICA À FASE PRÉ-CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988: POLÍTICAS DE ASSIMILAÇÃO CULTURAL

Após o sucesso do processo de exploração e da consolidação da postura extrativista proposta pelos colonizadores, as legislações que se seguiram, em um período inicial, deixaram de lado a tutela dos direitos dos indígenas passando a uma política assimilacionista, sem o devido respeito ao “estar” indígena e sua condição originária de dono das terras ocupadas arbitrariamente.

Um exemplo prático de tal desrespeito foi a ausência de legislações inerentes à proteção ao direito à propriedade das populações indígenas, prática de abstinência herdada pelo Brasil no período da independência. Até esse período, o processo de distribuição de terras seguia o modelo das sesmarias, todavia, com a proclamação da independência, tal prática foi suspensa. (DOLHNIKOFF; SILVA, 2000, p. 49-50).

Nessa senda, verifica-se um vácuo legislativo quanto à legislação concernente à proteção dos direitos à propriedade. De fato, omissa a lei, passou-se a uma prática diferenciada de tomada da terra baseada no costume, para ser dono de determinado território, bastava ao indivíduo desenvolver dentro deste qualquer tipo de cultura de alimentos, independente de o território pertencer ou não a comunidades indígenas, intensificava-se, nesse período, a tomada indiscriminada de terra pelos posseiros. (LIMA, 2002, p. 75).

Conforme Marchini (2011, p. 35), apenas em 1845 o Estado volta a se preocupar com políticas voltadas às populações indígenas, contudo, expressando um caráter diretamente dicotômico e restritivo com relação aos povos indígenas, como se observa:

Com o decreto n. 426 de 24 de julho de 1845, o Estado volta a regular a organização dos aldeamentos indígenas, inclusive no que diz respeito à sua localização e número de habitantes. O diretor do aldeamento poderia deslocar populações indígenas para agrupá-las em um local mais propício ou para aumentar a população de um outro aldeamento. Somente no caso dos índios apresentarem bom comportamento poderiam ser mantidos nas terras que estivessem cultivando, sendo para isso lhes concedido o usufruto da terra. (MARCHINI, 2011, p. 35).

De igual forma manifesta-se Verazani (2009, p. 77-78), a qual defende que a política de aldeamento era uma estratégia aplicada com o objetivo de abrir espaço à colonização de terras já ocupadas pelas populações indígenas, visto que as áreas previamente delimitadas para os processos de aldeamento eram menores do que as áreas de ocupação tradicional dos indígenas.

Por outro lado, em 1850, passou a fazer parte do ordenamento jurídico a lei das terras, a qual determinou a reserva de terras devolutas para as populações indígenas. No entanto, ainda que tal lei garantisse tais direitos, nada dispôs acerca das terras tradicionalmente ocupadas, prova de que referida legislação não atendia, satisfatoriamente, aos interesses dessas populações, sendo que, na prática, ao invés de garantir o pleno direito à propriedade, tornava o Estado dono das terras ocupadas, podendo este escolher a forma de viver e o local de alocação das populações. (COELHO, 2002, p. 73).

Em que pese não tratar especificamente dos direitos concernentes à propriedade da terra, vale trazer à discussão um importante marco legislativo brasileiro, qual seja, o

Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910, o qual cria o serviço de proteção ao indígena. Esse momento significa um marco na legislação de proteção ao direito indígena, tendo em vista que, pela primeira vez no período republicano, o Estado preocupou-se de forma fundamental com os povos indígenas e sua situação jurídica. (MARCHINI, 2011, p. 45).

Outrossim, como manifesta Marchini (2011, p. 46), é nesse cenário de mudanças e inovações jurídicas em favor das populações indígenas que entra em cena a discussão acerca da questão da terra. Como se pode verificar:

Assim, foi dentre os positivistas que Rodolpho Miranda buscou o primeiro diretor do SPI<sup>1</sup>, o então Tenente-Coronel Cândido Mariano da Silva Rondon. Nessa época, Rondon já havia chefiado expedições pelo interior do Brasil para a instalação de linhas telegráficas para integrar o país tendo adquirido uma experiência de sucesso nos encontros com os índios, inclusive pacificando algumas tribos. [...] as condições pedidas por Rondon eram: que o SPI deveria proteger a posse indígena, restituir terrenos usurpados e quando isso fosse possível conceder-lhes outras terras; que se houvesse necessidade de mudar a localização de ocupação do índio, por interesse nacional, deveria ser feita de modo pacífico; que a extensão das terras concedidas para os índios dependeria da sua qualidade para o cultivo e pasto; que o governo forneceria as ferramentas necessárias para desenvolver a agropecuária; [...] (MARCHINI, 2011, p. 46).

Nessa seara, as condições estabelecidas por Rondon passaram a integrar a realidade do SPI, na forma de regulamentos concretos, voltados a uma embrionária política de autoafirmação, de caráter vanguardista. Rondon foi um divisor de águas com relação à política praticada em favor do direito dos índios, e contribuiu para que o direito originário às terras tradicionalmente ocupadas fosse foco de discussão e de debate dentro do cenário político nacional. (VIEIRA SÁ, 2009, p. 46-49).

Nos anos que se seguiram, a tendência de respeito à população indígena continuou. Nessa época, merecem destaque os Decretos nº 9.214/1911 e nº 5.484/1928, que passaram a integrar os regulamentos do SPI, garantindo, em suma, o direito do indígena ao livre exercício do seu modo de vida, suas crenças, usos e costumes, seus bens, neles consubstancialmente incluídos as terras, seu livre acesso ao trabalho e aos meios de produção, bem como a chance de integração nacional. (COELHO, 2002, p. 75-80).

Desse período legislativo, apesar da enorme gama de direitos à propriedade incorporados aos indígenas, vale ressaltar um raciocínio interessante. Inicialmente, cumpre observar que, em que pesem as políticas desse período prezarem pela liberdade das populações indígenas no que tange à livre manifestação e desenvolvimento físico e cultural dentro de um espaço delimitado, o governo reforçava a negligência ao direito originário dos

---

<sup>1</sup> SPI – Serviço de Proteção ao Indígena.

indígenas, visto que lhes era conferida apenas a posse de tais terras, e nunca sua efetiva propriedade.

Além disso, no que toca à liberdade de autoafirmação e valorização da cultura, importante mencionar que o governo não se adaptava à postura de respeito ao modo de ser indígena, pregando, indiretamente, uma política assimilacionista, voltada à integração do indígena, bem como de um sistemático processo de extinção cultural. (LIMA, 1998, p. 205).

Do mesmo modo, apesar das políticas governamentais da época favorecerem a assimilação ao invés da livre afirmação dos povos indígenas, no conjunto, estas foram vitais para o processo de preservação dos próprios indígenas, visto que, dado o processo de interiorização perpetrado durante o período republicano, sem tal arcabouço legal, tais povos seriam extintos. (VIEIRA SÁ, 2009, p. 57).

Segundo Souza e Barbosa (2006), somente com a Constituição de 1934 surgiu uma política voltada à defesa dos interesses indígenas, em especial da afirmação do direito das terras que lhes pertenciam originalmente, em que pese haver uma generalização tratand-os como silvícolas (aquele que reside na selva, alheio à civilização e à integração nacional). Opinião semelhante compartilha Marchini (2011, p. 50):

Assim, somente em 1934 a posse indígena torna-se protegida, passando a ser tratada diferentemente das terras devolutas, pois, na Constituição de 1934, se reconhece a posse dos índios e se prescreve o seu respeito. Assim, mesmo se os índios estivessem em terras devolutas, a sua posse garantiria a conservação da terra.

O art. 129 da referida constituição possui a seguinte redação: “Art. 129 – Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem, permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.” (BRASIL, 1934). Tal política, todavia, demonstrou um caráter integracionista e de assimilação, forçando novamente o abandono do indígena de sua identidade cultural e, por conseguinte, dos aspectos objetivos de sua condição, sendo o principal desses aspectos o contato com a terra (SOUZA; BARBOSA, 2006).

Ademais, a proteção constitucional de 1934 pecou no sentido de insistir na política restritiva e de mera delegação da posse do indígena sobre a terra, ao invés da efetiva propriedade. Pela dicção de referida carta, a posse permanente dos indígenas abrange tão somente as terras nas quais desempenham sua subsistência, ao contrário de englobar um espaço que transcende tais aspectos, sendo local de valorização da cultura, do modo de vida indígena. Infelizmente, durante esse período, ainda não havia a compreensão de que o modo

de vida indígena compreendia muito mais do que plantar, colher e subsistir. Sua relação com a terra era diferenciada, seu espaço, mais do que um pedaço de terra, compreendia a pura manifestação de seu modo de ser. (GARFIELD, 1997, p. 751-752).

Com a promulgação das Constituições de 1937 e 1946, verifica-se certa estabilidade nas políticas voltadas à proteção dos indígenas, no entanto persiste o legislador em manter as antigas políticas assimilatórias e de tratar a questão do direito originário dos indígenas como mera posse, ao invés de efetiva propriedade. Merece destaque, nesse período, a alteração feita na Constituição de 1946, por meio do artigo 216, que segue: “Art. 216 – Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizadas, sob a condição de não as transmitirem.” (BRASIL, 1946).

Tal alteração reafirma a política de não reconhecimento, por parte do governo, de que as terras indígenas tradicionalmente ocupadas são propriedade e não posse das populações indígenas. A alteração legislativa e a inserção de tal dispositivo contribuem para o entendimento de que aos indígenas não era reconhecida a propriedade de suas terras, meramente se lhes garantia o direito de estar nelas. Flagrante desrespeito, apesar da intenção assecuratória de tal política. (DUARTE, 1947, p. 429-430).

Em 1966, com a ratificação da Convenção nº 107, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966, a marcha dos direitos indígenas pela propriedade dá um grande salto em favor das populações indígenas, promovendo mudanças consubstanciais na relação de respeito do Estado com a figura do índio. (BRASIL, 1966).

Inaugurando essa nova fase, tal convenção estabelece, nos artigos 2º e 11, que os Estados, nestes incluído o signatário Brasil, devem encarar como responsabilidade primária o respeito aos povos indígenas, bem como integrá-los ao país. O instrumento escolhido para o desenvolvimento de tais políticas é o reconhecimento da propriedade dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (BRASIL, 1966).

Dentre outras disposições importantes, a Convenção nº 107, por meio dos artigos 12 e 14, garante o direito das populações indígenas de não serem privadas forçadamente de seu espaço territorial, salvo exceções de segurança nacional, desenvolvimento econômico e saúde, mediante compensação prévia, bem como de igualdade de tratamento, pelo governo, nas mesmas condições que os outros nacionais, no que diz respeito à saúde e políticas nacionais de desenvolvimento agrário. (BRASIL, 1966).

De outra banda, merecem destaque as inovações trazidas com a promulgação da Constituição de 1967, que marcou o processo de reconhecimento do direito originário dos

indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. No bojo de tal Carta estabeleceu-se, ao contrário dos ordenamentos anteriores, que as terras ocupadas pelas populações indígenas são de domínio da União, e que os indígenas que as habitam são usufrutuários de seus territórios, conforme transcrição dos artigos 4º e 186:

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

[...]

IV – as terras ocupadas pelos silvícolas.

(BRASIL, 1967).

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

Assim, com o fito de reverter o caráter de exclusão imposto à população indígena, o Estado Brasileiro passou a preocupar-se com políticas que integrassem tal povo à unidade nacional, implementando, para esse fim, legislações que levassem ao reconhecimento do direito indígena à propriedade. Essas políticas, no âmbito infraconstitucional, culminaram com a promulgação do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), que, ainda sob uma ótica integracionista, debateu questões voltadas unicamente ao índio e sua relação com a propriedade, de forma a não levar em conta seu direito congênito à terra e às relações sociais, sendo tratadas como simples formas de assimilação deste como trabalhador livre (SOUZA FILHO, 2006, p. 23 ).

Marchini (2011, p. 59-60) manifesta-se acerca do Estatuto do Índio:

O estatuto do índio é a Lei Federal n. 6.001, promulgada em 19 de dezembro de 1973. O estatuto, expressamente declara no seu artigo primeiro, a intenção de progressivamente aculturar os índios. No seu artigo 22 repete que os índios são usufrutuários das terras que ocupam. Também, nas áreas reservadas aos índios se lhes concede o usufruto.

O estatuto permitia, inclusive, que índios, individual ou coletivamente, requeressem emancipação do regime de tutela a que estavam submetidos, cessando toda sua restrição a sua capacidade jurídica.

Outra inovação trazida pelo estatuto foi a determinação de que o processo demarcatório de terras indígenas não seria requisito prévio para a proteção das terras ocupadas por índios.

Verifica-se, na promulgação do Estatuto do Índio, outro importante passo em defesa dos interesses dos silvícolas, trazendo à baila dois institutos essenciais na briga por seus direitos, quais sejam, a capacidade jurídica própria, bem como a dispensabilidade do processo de demarcação para promoção da defesa dos territórios indígenas, sendo este último instituto tema a ser debatido no decorrer do presente estudo. (MELATTI, 2007, p. 271).

De outra banda, ao mesmo tempo em que promoveu inovações, pecou o Estatuto

do Índio no sentido da quebra da liberdade dada aos indígenas, pelo fato de, dentre outras mudanças, estabelecer a possibilidade da União poder promover a remoção de tribos indígenas de suas terras. Cumpre observar que tal procedimento tinha certas limitações, podendo ser promovido em casos de defesa da segurança nacional, construção de obras públicas, exploração de riquezas do subsolo, dentre outros, o que significou certa parcela de retrocesso, visto que, uma vez mais, colocou-se o indígena em segundo plano frente ao processo de desenvolvimento capitalista. (WILLIAMS, 1983, p. 160).

Embora debatesse questões voltadas à relação do índio com a terra e, posteriormente, deste com a “cultura civilizada”, o Estatuto do Índio de 1973 não alcançou o real ideal de respeito ao indígena, vez que tratou de definir os contornos do que é ser indígena e do que é a propriedade indígena, não expressando o verdadeiro ideal de interdependência dessa população com o espaço físico que ocupa (SOUZA; BARBOSA, 2006).

Dessa forma, encerra-se a era anterior à promulgação da Constituição cidadã. Nesse cenário, observa-se a aquisição de uma série de direitos por parte das populações indígenas, no que toca aos direitos à terra e liberdade civil, porém verifica-se também a ultrapassada política assimilatória e de extinção da cultura, culminando em uma proteção insatisfatória dos direitos indígenas originários, pelo fato de o Estado proporcionar o respeito e o direito dos indígenas à terra, sem que, efetivamente, reconheça sua propriedade sobre as terras onde habitam e fazem florescer sua cultura, conduzindo a uma atmosfera de incongruência. (MELLATI, 2007, p. 272).

#### 3.4 CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988: INSTRUMENTO DE LIBERDADE E GARANTIA DE AUTOAFIRMAÇÃO DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS

Nas palavras de Arbos e Souza Filho (2010, p. 69), somente com a promulgação da Constituição cidadã de 1988, os contornos da política de respeito aos indígenas foram lançados, abandonando-se uma tendência constitucional de integração assimilacionista, passando a uma postura de respeito e afirmação dos povos indígenas como figuras independentes, detentores plenos de direitos e deveres.

De acordo com Marchini (2011, p. 63):

No Brasil, após intensos movimentos pelo fim da ditadura e pelo voto direto, conseguiu-se a redemocratização, o que por sua vez possibilitou a elaboração de uma nova Constituição, que positivou os anseios da população por maior liberdade, maior participação política e mudanças em geral das práticas do governo. E esse

ambiente favorável aos direitos humanos também possibilitou uma mudança nas normas constitucionais referentes aos índios.

Importante salientar que tal ordenamento, ao contrário dos anteriores, não buscou integrar indistintamente o indígena ao modelo social adotado no país, mas inovou ao respeitar sua organização social e política, tratando-o como sujeito diferenciado, que contribui com a unidade nacional segundo seu entendimento, vivências e costumes (ARBOS; SOUZA FILHO, 2010, p. 70).

Nessa senda, nas raias do direito à propriedade, tratou-se pela primeira vez de um pensamento plenamente harmônico entre as noções constitucionais de respeito à pluralidade étnico-social brasileira, uso compartilhado de território e recursos naturais e titularidade coletiva de direitos, entendendo a propriedade não como pertencente exclusivamente à União ou ao indígena, mas, sim, como objeto partilhado, que, por um lado, respeita a autoafirmação de um povo com suas raízes e espaço físico, e, de outro, a legitimidade territorial de um Estado soberano. (SANTILLI, 2005, p. 82).

A Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo exclusivo aos direitos inerentes ao povo indígena (título VIII, "Da Ordem Social", capítulo VIII, "Dos Índios"), bem como outros dispositivos dispersos em seu bojo, com especial destaque aos que se coadunam ao presente estudo (art. 22, XIV; art. 49, XVI, art. 176, § 1º e 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) a fim de consagrar o direito indígena à propriedade.

O artigo 231 da CRFB/88 delineou a gama de direitos inerentes aos indígenas (sendo interessante ao presente estudo o que se reporta ao direito à propriedade), destacando um conceito inicial importante, e já mencionado anteriormente, o direito originário. Segundo Souza Filho (2006, p. 122), o direito originário é um tipo de direito anterior à própria lei, ao próprio direito codificado. Como se pode comprovar: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...]”

Da leitura do citado artigo, observa-se que a figura do direito originário vem ligada a outro importante conceito, o das “terras tradicionalmente ocupadas”, definidas no § 1º do aludido artigo como “[...] ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”. (BRASIL, 1988).

Desse modo, as terras ocupadas tradicionalmente, para gozarem de tal

prerrogativa, devem obedecer a quatro requisitos básicos: a) devem ser habitadas em caráter permanente; b) utilizadas para atividades produtivas; c) imprescindíveis à preservação dos recursos naturais; d) necessárias à reprodução física e cultural das populações indígenas. (SOUZA FILHO, 2009, p. 13).

Ademais, com o objetivo de guarnecer, sob aspectos legais, o direito à propriedade indígena, a Constituição, nos §§ 2º a 5º, consagrou as funções essenciais à propriedade indígena, incentivando instrumentos de desenvolvimento e subsistência das comunidades ameríndias, bem como estabeleceu limitações à exploração e lavra de recursos naturais, conforme se verifica:

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

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, acrescentados os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

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

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, 'ad referendum' do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. (BRASIL, 1988).

Percebe-se, portanto, uma preocupação do legislador originário, ligada à garantia jurídica da propriedade, da fomentação do desenvolvimento indígena, bem como da salvaguarda de aspectos acerca da propriedade que garantam a soberania nacional. Restou estabelecido, conforme o disposto nos parágrafos anteriores, que o direito indígena à propriedade é de caráter permanente, sendo que os direitos à propriedade, nas terras indígenas, são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis. Outrossim, garante-se aos povos indígenas o direito exclusivo à lavra de recursos minerais e exploração de recursos naturais, todavia sob o crivo da União, por meio do Poder Legislativo.

Dessa forma, fica evidente o caráter harmônico entre os interesses indígenas e da União, que ao garantir a exploração dos recursos naturais e minerais reafirma a posição de independência dos indígenas com relação às suas terras, mas salvaguarda a segurança nacional, vinculando a exploração ao crivo da União que possui a copropriedade sobre o solo, e as riquezas que nele existam (SOUZA FILHO, 2009, p. 17).

Ademais, a Constituição de 1988, demonstrando seu caráter inovador e

vislumbrando futuras situações de ofensa à propriedade indígena, delimitou possibilidade de nulidade e extinção para atos que viessem a ter por objetivo a ocupação, domínio ou posse de terras indígenas, segundo o § 6º do artigo 231:

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 à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. (BRASIL, 1988).

Restou demonstrado, então, o caráter de imperatividade inerente à figura do legislador originário, que revogou qualquer título que conferisse domínio, posse e propriedade a terras originariamente pertencentes à população indígena, como também assegurou proteção a qualquer ato futuro atentatório ao direito de propriedade exercido por tal povo.

A proteção às terras indígenas reconhece um direito anterior à própria legislação ou estrutura jurídica nacional, consubstanciado na relação do povo indígena com a terra, que ultrapassa o simples conceito de propriedade insculpido no Código Civil, aqui se trata, portanto, da figura do indigenato, ou direito congênito à propriedade.

O indigenato é o direito congênito de uma população indígena à sua terra natal, ele se sobrepõe a qualquer outro tipo de direito ligado à propriedade, vez que é legítimo por si, independentemente de qualquer legislação escrita ou codificação, por ser anterior a tais conceitos. (MARCHINI, 2011, p. 87). Segundo Mendes Júnior (2012, p. 47), é um direito sobre algo corpóreo que ultrapassa o papel objetivo, integrando-se à própria cultura do povo que reside sobre tais terras. Assim, a propriedade deixa de exercer o simples papel de meio físico e passa a ocupar o papel de elemento de autodeterminação de um povo.

Apreendido tal conceito, constata-se que a Constituição de 1988 buscou, por meio da política de autoafirmação, legitimar a propriedade indígena como direito anterior a qualquer outro direito semelhante, não ocasionando o enfrentamento entre normas de mesma natureza, mas disciplinando e reconhecendo o direito de um povo, que tem na propriedade elemento predominantemente cultural e social (essencial, nesse aspecto, à plena garantia da vida) em detrimento de regras limitadas exclusivamente à propriedade (TOMASINO, 1998, p. 6).

Assim, embora o direito à propriedade indígena seja congênito, necessária se faz a demarcação das terras indígenas, não como forma de confinamento, mas como instrumento de legitimidade perante outras instituições/indivíduos.

## 4 DIREITO ORIGINÁRIO À PROPRIEDADE: QUESTÕES CONTROVERTIDAS

### 4.1 DO PROCESSO DEMARCATÓRIO: DESCONSTRUÇÃO DA IDEIA DE OBRIGATORIEDADE

O processo de demarcação de terras indígenas é uma realidade jurídica conhecida quando se trata da questão dos direitos indígenas à propriedade, em termos objetivos, a demarcação de terras indígenas é o procedimento administrativo pelo qual a União delimita as terras indígenas, baseado, previamente em estudos de diversas áreas, com auxílio da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e, preferencialmente, ouvidas as populações indígenas correspondentes. (SOUZA FILHO, 2009, p. 29-31).

De acordo com o Dicionário de Direitos Humanos da Escola do Ministério Público, define-se a demarcação de terras indígenas como:

Procedimento administrativo de iniciativa da União visando à identificação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, regulado pelo Decreto nº 1.775 de 08 de janeiro de 1996, em obediência ao disposto no artigo 231 da Constituição Federal e artigo 67 do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A demarcação administrativa das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios é orientada pelo órgão federal de assistência ao índio, a FUNAI, comportando as seguintes fases: identificação e delimitação; aprovação e publicação, impugnação, decisão e demarcação propriamente dita, homologação e registro. Fundamenta-se em estudo antropológico de identificação elaborado por grupo técnico especializado coordenado por antropólogo, formado com o fim de apurar a natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental das terras e pressupõe a participação do grupo indígena envolvido em todas as fases do procedimento. O ato administrativo de demarcação é mero ato de reconhecimento da existência prévia de terra indígena e dos direitos originários dos povos que nela habitam, revestindo-se, pois, de natureza meramente declaratória, razão pela qual dela não decorrem quaisquer títulos de posse indigenata ou demais direitos indígenas, consistindo, no entanto, importante instrumento de garantia de proteção das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios que também são bens de propriedade da União nos termos do art. 20, inciso XI da Constituição Federal. (GRABNER, 2006).

Para a FUNAI, demarcação constitui-se como:

Meio administrativo para explicitar os limites do território tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas. É dever da União Federal, que busca, com a demarcação das terras indígenas: a) resgatar uma dívida histórica com os primeiros habitantes destas terras; b) propiciar as condições fundamentais para a sobrevivência física e cultural desses povos; e c) preservar a diversidade cultural brasileira, tudo isto em cumprimento ao que é determinado pelo caput do artigo 231 da Constituição Federal. (FUNAI, 2009).

Souza Filho (2009, p. 11) define a demarcação de terras indígenas como a forma

procedimental do poder público reconhecer a incidência dos elementos descritos no artigo 231, §1º sobre determinada faixa de terras.

No entender de Araújo et al. (2006, p. 52/53), a regulamentação pertinente ao processo demarcatório no Brasil vem descrita no Decreto nº 1.775/96, cujo procedimento, de forma condensada, segue a seguinte forma:

- 1- Identificação: No primeiro momento do procedimento de demarcação, a FUNAI nomeia um antropólogo para elaborar um estudo antropológico de identificação da Terra Indígena em questão. [...] O grupo apresenta relatório circunstanciado com a caracterização da terra a ser demarcada, que há de ser aprovado pelo presidente da FUNAI e, em seguida, publicado na imprensa oficial e afixado na sede da prefeitura local.
- 2 - Contraditório –Esta etapa foi introduzida no procedimento administrativo de demarcação pelo Decreto 1775/96, sendo motivo de intensa polêmica quando da sua edição. Trata-se da oportunidade dada a todo e qualquer interessado, incluindo-se estados e municípios, de se manifestar sobre o procedimento de demarcação de uma dada Terra Indígena e impugná-la pela via administrativa – antes do Decreto a possibilidade de impugnação era apenas judicial. [...]
- 3- Declaração dos limites –O Ministro da Justiça expedirá, no prazo de 30 dias, portaria declarando os limites da área e determinando a sua demarcação física. Ao invés disso, porém, poderá optar por prescrever diligências a serem cumpridas em mais 90 dias, ou ainda, desaprovar a identificação por meio de decisão fundamentada, a ser também publicada na imprensa oficial.
- 4- Demarcação física – Declarados os limites da área, a FUNAI fará a sua demarcação física, que implica colocação de marcos no chão, placas de sinalização, picadas quando necessário etc. Ainda nesta etapa, o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), em caráter prioritário, procederá ao reassentamento de eventuais ocupantes não-índios.
- 5 - Homologação – Todo o procedimento de demarcação será, por fim, submetido ao Presidente da República para ratificação por meio de decreto.
- 6 - Registro – A Terra Indígena demarcada e homologada será registrada, no prazo de 30 dias, no cartório de registro de imóveis da comarca correspondente e no SPU (Secretaria de Patrimônio da União).

Dessa maneira, verifica-se que o processo de demarcação constitui-se como instrumento jurídico por meio do qual a União estabelece os limites de uma área através de marcos tangíveis. Tal procedimento encontra anteparo na concepção de possibilitar a segurança jurídica da propriedade indígena, diante de variadas propriedades, não gerando essa afirmação qualquer ideia no sentido de confinamento ou restrição de espaço a tais populações. (LIMA, 1998, p. 203).

Araújo et al. (2006, p. 50) asseveram que:

[...] quando da demarcação de uma Terra Indígena, o Estado levará em consideração obrigatoriamente as terras que são habitadas pelos índios em caráter permanente, as utilizadas em suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação ambiental e as necessárias à reprodução física e cultural daquele povo. E examinará tais requisitos de acordo com os usos, os costumes e as tradições dos próprios índios, exatamente como dispõe a Constituição.

Assim, a demarcação de terras indígenas constitui-se uma forma de garantia, por parte das populações indígenas, do direito de usufruto de seu território. De outra banda, o referido processo implica, igualmente, na responsabilidade estatal em garantir a defesa de tais territórios contra eventual usurpação ou desrespeito. (VOGT, 2009).

Por outro lado, deve ser deixada de lado a errônea concepção de que as comunidades indígenas gozam de situação jurídica privilegiada, diferente dos outros nacionais, uma vez que, por meio da prática do direito originário, acabam tornando-se proprietários de grandes extensões de terra. A expressão “muita terra para pouco índio” revela a má-fé de determinados setores da sociedade que pregam uma política assimilacionista e de confinamento dos indígenas a pequenas extensões de terra, barrando seu direito congênito e os processos de demarcação, concepções calcadas na visão capitalista da terra, herdada dos povos europeus durante a história do Brasil. (ARAÚJO et al., 2006, p. 51).

Outrossim, importante observar que a demarcação não se caracteriza elemento essencial de reconhecimento indígena à propriedade, sendo apenas característica secundária. A simples ocupação já é requisito suficiente para o reconhecimento da propriedade indígena sob o chão em que habita. (SOUZA FILHO, 2006, p. 148).

Ainda que a Constituição reconheça a existência do direito congênito à propriedade, bem como garanta a proteção e respeito à cultura e ao desenvolvimento digno da população indígena, é fundamental enfatizar outra significativa hipótese, a fim de fundamentar a questão do direito congênito dos indígenas sob a ótica de uma linha de pensamento diferenciada. Tal objetivo visa a favorecer o saudável debate acadêmico, com o fito de analisar um tema polêmico sob a ótica de variadas teorias.

Segundo Souza Filho (2006, p. 155):

O Estatuto do Índio (Lei 6001/73), em seu artigo 65, determinava que o Poder Executivo concluísse a demarcação de todas as terras indígenas no prazo de cinco anos de sua publicação, isto é, 21 de dezembro de 1978. O prazo não foi cumprido. E o artigo 67 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal renovou este prazo para a União Federal concluir a demarcação das terras indígenas por mais cinco anos, contados a partir da promulgação da Constituição. O novo prazo se esgotou em 5 de outubro de 1993 e a União não concluiu a demarcação de todas as terras indígenas. Trata-se, todavia, de um prazo impróprio, em que seu descumprimento não gera qualquer sanção, mas que gera o direito subjetivo dos povos indígenas de buscar no Poder Judiciário o cumprimento da ordem Constitucional.

Desta feita, observa-se que, até a data atual, o procedimento estabelecido pelo artigo 67 do ADCT não foi cumprido, implicando em uma série de prejuízos para as populações indígenas que, seja pela ação de grandes fazendeiros, seja pela inércia do

do poder público, não encontra eficácia no referido dispositivo.

Consagrando o ideal de multidisciplinaridade do presente estudo, importante manifestar, no presente estudo, panorama estatístico acerca da evolução dos processos demarcatório no Brasil, sendo que o quadro 1 remete à pesquisa elaborada junto à FUNAI, e o quadro 2, a estudos formulados por Santilli (1999, p. 39):

Quadro 1 - Etapas do processo demarcatório em que se encontravam as terras indígenas principais em 2010

<b>Etapa do Processo (2010)</b>	<b>Quantidade</b>	<b>%</b>
Em identificação	149	22.1
Delimitada	20	3
Declarada	48	7.1
Encaminhada Reserva Indígena	26	3.8
Homologada	27	4
Regularizada	403	60
<b>TOTAL</b>	<b>673</b>	<b>100%</b>

Fonte: Sousa e Almeida (2013, p. 107).

Quadro 2 - Etapas do processo demarcatório das terras indígenas em 1999

<b>Etapa do Processo (2010)</b>	<b>Quantidade</b>	<b>%</b>
Em identificação (incluindo em revisão)	169	30
Identificadas	16	2.84
Declarada	61	10.66
Concluídas (Homologadas e regularizadas)	317	56.48
<b>TOTAL</b>	<b>563</b>	<b>100</b>

Fonte: Sousa e Almeida (2013, p. 108).

Da análise, depreende-se um crescimento no número de processos de demarcação de terras indígenas, o que indica que as comunidades indígenas, cada vez mais, têm

empreendido disputas administrativo-judiciais legítimas, na busca pela satisfação de seu direito, o que demonstra que, apesar da resistência de determinados setores sociais, uma maior valorização dos direitos originários das populações indígenas.

Por outro lado, vale destacar que, apesar de o processo demarcatório de terras indígenas implicar em uma garantia jurídica formal, este possui caráter não obrigatório com relação à propriedade dos povos indígenas, cujo direito sobre as terras em que habitam é tradicional, anterior a qualquer lei codificada e, portanto, insuscetível de qualquer tipo de procedimento administrativo ou judicial para sua plena eficácia perante as demais realidades jurídicas conflitantes. Assim, basta a ocupação tradicional da terra para que se lhe confira o direito genético à sua propriedade. (SOUZA FILHO, 2006, p. 157).

Nesse norte, em razão dos inúmeros desrespeitos ao direito congênito dos indígenas à propriedade, tais populações têm buscado, de forma cada vez mais frequente, o manejo de ações judiciais, com o fito de garantir o processo demarcatório, bem como reafirmar, através deste, seu direito com relação às terras onde nascem, morrem e desenvolvem seu meio de vida. Exemplo emblemático é a luta perpetrada no caso Raposa Serra do Sol, paradigma constitucional submetido à apreciação da Corte máxima, o Supremo Tribunal Federal (STF).

#### 4.2 CASO RAPOSA SERRA DO SOL, PRONUNCIAMENTO DO JUDICIÁRIO ACERCA DA QUESTÃO INDÍGENA

Em um país marcado pelas diferenças, o respeito e a valorização das diferentes culturas se manifestam como mola propulsora de uma política de bem-estar social voltada às garantias básicas inerentes ao indivíduo. No Brasil, tal aplicação pauta-se em um modelo de tripartição do poder estatal, consubstanciado nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Aos dois primeiros cumpre, em suma, a elaboração de leis e implementação de políticas com cunho social, cabendo ao último, manifestar-se, acaso provocado, em casos de ausência do Legislativo e Judiciário. (MARCHINNI, 2011, p. 128).

Dentre os países latino-americanos, o Brasil é um dos que mais conservam a tradição da judicialização política, como forma de garantia de direitos perante o Estado e particulares. Assim, sempre que questões inerentes à garantia de direitos e imposição de deveres não se apresentar satisfatória para a resolução de problemas, nasce o direito de reivindicação e, por conseguinte, a manifestação do Judiciário (SOUZA FILHO, 2009, p. 44).

Souza Filho (2009, p. 44, grifo do autor) manifesta-se, ainda, no seguinte sentido:

O deslocamento das questões políticas para o espaço jurídico pode ser interpretado como um sintoma de democratização na tomada de decisões. A tradição brasileira de jurisdição constitucional se fortaleceu após 1988, na medida em que a Constituição Federal vigente teria canalizado demandas sociais reprimidas, refletindo, contudo, uma ‘Carta compromisso’ de transformação social do país, de maneira a judicializar algumas das importantes questões políticas no Brasil. Nesse contexto, o poder judiciário tem sido palco de lutas no qual se encenam diferentes intenções, algumas amparadas, como o caso em tela no direito indígena, outras em interesses econômicos e políticos sobre as terras que deveriam ser resguardadas para usufruto exclusivo dos povos indígenas.

No decorrer da história, os indígenas despertaram para a militância em favor de seus direitos, buscando, pela via do Poder Judiciário, um caminho por meio do qual suas demandas encontrassem voz e fossem plenamente cumpridas. É nesse cenário que se encontra o emblemático caso da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, decidido pelo STF, através da Ação Popular nº 3.388, em setembro de 2009, o qual, em função das inovações estabelecidas passou a figurar como paradigma em ações demarcatórias futuras. (SOUZA FILHO, 2009, p. 46).

Dentre os principais aspectos presentes, merecem destaque a desconsideração, por parte do STF, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de setembro de 2007, bem como da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, das quais o Brasil é signatário. (MARCHINNI, 2011, p. 77-78).

No que tange à análise da presente decisão, incorpora-se a este estudo, o acórdão e pontos que guardam maior coerência com o trabalho, dispostos a seguir:

ACÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. (STF - Pet: 3388 RR, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009

REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229). (BRASIL, 2009).

O primeiro ponto a ser abordado acerca de tal decisão diz respeito ao item cinco da aludida ementa, assim transcrita:

5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As 'terras indígenas' versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou 'independência nacional' (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as 'terras indígenas' são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles 'tradicionalmente ocupadas'. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial. (STF - Pet: 3388 RR, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229). (BRASIL, 2009, grifos no original).

Inicialmente, tratou o STF de definir as raias pelas quais se desenvolveria o acórdão emblemático. Com o item nº 5 da ementa, verifica-se o início de uma decisão bem acertada, uma vez que se versou acerca das terras indígenas, e sua inserção no território nacional como um bem público da União, destinado a uma população específica, a qual guarda direito tradicional sobre as terras que habitam. Nesse sentido, a análise do caso tratou de estabelecer que a propriedade do território indígena decorre de uma realidade sociocultural, e não de uma natureza político territorial pré-estabelecida.

Prosseguindo, observa-se o item nº 07:

7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS 'POVO', 'PAÍS', 'TERRITÓRIO', 'PÁTRIA' OU 'NAÇÃO' INDÍGENA. Somente o 'território' enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo 'terras' é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em 'terras indígenas'. A traduzir que os 'grupos', 'organizações', 'populações' ou 'comunidades' indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância

transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como ‘Nação’, ‘País’, ‘Pátria’, ‘território nacional’ ou ‘povo’ independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de ‘nacionalidade’ e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. (BRASIL, 2009, grifos no original).

No aludido item, outra importante distinção foi traçada. A plenária, no sentido de garantir clareza à norma constitucional, discorreu sobre a terminologia adequada para a defesa dos direitos indígenas à propriedade. Nesse sentido, asseverou que vocábulos como comunidades, grupos ou populações indígenas não devem ser interpretados indistintamente, pelo fato de exprimirem ideia de autonomia dos indígenas com relação à unidade nacional, conceito distante da realidade, uma vez que os indígenas são parte do Brasil, país com representação internacional, aos quais, sim, aplicam-se referidas terminologias.

No item 8 da ementa, manifesta-se outra contribuição interessante:

8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal. (BRASIL, 2009).

Prosseguindo, trata o item 8 de reafirmar o papel da União, no âmbito do Poder Executivo, de promover o processo de demarcação de terras indígenas, lembrando, portanto, o compromisso constitucionalmente estabelecido de promover referido processo. Outrossim, trata do caráter auxiliar do Poder Legislativo em casos especiais, como, por exemplo, a pesquisa e lavra de recursos minerais. De outra banda, foram estabelecidas, por meio de tal decisão, 19 condições a serem seguidas nos futuros processos demarcatórios, criando-se, portanto, polêmicos parâmetros aos direitos indígenas.

Do item 9 se observa:

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure

meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. (BRASIL, 2009).

Tal item configura o pleno reconhecimento, por meio do Estado Brasileiro, da existência de uma dívida cultural para com as populações indígenas, no sentido de fomentar uma compensação em função dos desrespeitos sofridos desde o período colonial, além de constituir-se como afirmação, pelo STF, de respeito ao multiculturalismo, dando margem à interpretação de que os Estados, ao invés da fomentação do assimilacionismo e de extinção de cultura, devem promover a soma de “mundividências”, o que configura ganho para o país.

12. DIREITOS ‘ORIGINÁRIOS’. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente ‘reconhecidos’, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de ‘originários’, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como ‘nulos e extintos’ (§ 6º do art. 231 da CF). (BRASIL, 2009, grifos no original).

Ao estabelecer discussão acerca do direito originário, a plenária do STF reafirmou os dizeres constitucionais, no sentido de reconhecer aos indígenas o direito originário às terras que habitam, dizendo, claramente, que estes são anteriores a qualquer tipo de direito posterior, nesses inseridos o pretense direito adquirido de não índios, reafirmando, inclusive, a nulidade de qualquer desses atos.

14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim como a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas. (BRASIL, 2009).

O item 14 manifesta a preocupação do Supremo para com o ideal de soberania nacional. Assim, em que pese declaração quanto ao direito genético dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, vale salientar que tal direito deve ser exercido em caráter uníssono com as políticas de desenvolvimento e proteção do Estado Brasileiro, sendo a União livre para, em defesa dos ditames do desenvolvimento e da soberania nacional, promover a abertura de estradas, bem como a instalação de bases públicas para exercício de serviços essenciais.

Quanto ao item 17, cabe mencionar a manifestação do STF, com o objetivo de garantir, tal qual o item anterior, a soberania nacional, consubstanciada no direito de a União, conforme entenda conveniente, instalar quartéis e postos de fronteira em terras indígenas, consagrando a realidade jurídica da dupla afetação, sendo tal item tema do próximo subcapítulo deste estudo.

Por fim, importante trazer à baila o item 18 da ementa do acórdão:

18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão. (BRASIL, 2009).

De toda a estrutura do acórdão, merece especial destaque esse item, uma vez que, ao impor determinadas condições para processos demarcatórios, o STF lançou as bases de uma diretriz sumular, que servirá de base para futuros processos demarcatórios no âmbito do Poder Executivo. (SOUZA FILHO, 2009, p. 45).

As condições estabelecidas no acórdão paradigma são as seguintes:

Cláusula 1: usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar;

Cláusula 2: o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

Cláusula 3: o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei;

Cláusula 4: [...]

Cláusula 5: [...]

Cláusula 6: [...]

Cláusula 7: o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além

das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;

Cláusula 8: o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

Cláusula 9: [...]

Cláusula 10: [...]

Cláusula 11: devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;

Cláusula 12: o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

Cláusula 13: a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;

Cláusula 14: as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973);

Cláusula 15: [...]

Cláusula 16: as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CF/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

Cláusula 17: é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

Cláusula 18: os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CF/88);

Cláusula 19: é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. (BRASIL, 2009).

Ao analisar o provimento jurisdicional exarado pelo STF, verifica-se que apesar da controvérsia com relação ao desrespeito à autoafirmação dos povos indígenas, trata-se de uma decisão equilibrada, tendo em vista que, ao mesmo tempo em que se reafirma o direito congênito dos indígenas à propriedade, se reconhece seu direito tradicional e se declara a nulidade de qualquer outro direito relacionado à propriedade em conflito com este, se estabelecem condições limitadoras de abusos bem como se reafirma a soberania nacional. Logo, por amparar, em uma mesma decisão, posições doutrinárias tão diversas, o acórdão do STF inovou, tornando-se norte para futuras e inevitáveis resoluções de casos análogos. (DUARTE, 2011, p. 66).

#### 4.3 DO CONFLITO ENTRE OS DIREITOS ORIGINÁRIOS E SOBERANIA NACIONAL

Em que pese o reconhecimento, por parte do Estado Brasileiro acerca dos direitos

congênitos dos indígenas, importante trazer ao presente estudo a posição de um movimento consonante com as recentes decisões sobre de tais casos, o qual entende que o direito indígena à propriedade não é absoluto, fundamentando. A fim de exemplo, citam-se as figuras da exploração e aproveitamento de recursos hídricos e pesquisa e lavra de riquezas minerais, bem como a fixação pelas forças armadas e polícia federal de quartéis e postos de fronteira em terras indígenas.

Inicialmente, com relação à exploração e aproveitamento de recursos hídricos e pesquisa e lavra de riquezas minerais, devem ser lidos em conjunto os artigos 176, §1º e 231, §3º, conforme segue:

Art. 176, § 1.º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Art. 231, § 3.º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. (BRASIL, 1988).

Antunes (2008, p. 748) assevera que a mineração em terras indígenas não está proibida no Brasil, mas, sim, condicionada ao crivo do Congresso Nacional e da oitiva das comunidades sobre tais procedimentos, assegurada à comunidade indígena *royalties* decorrentes da exploração do recurso natural ou mineral.

Verifica-se, portanto, hipótese de direito não absoluto, tendo em vista que, embora a Constituição outorgue ao indígena o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupa, manifesta hipótese de exploração de potenciais hídricos e pesquisa e lavra de riquezas minerais, condicionando tal exploração à autorização do Congresso Nacional, bem como protegendo o direito das populações indígenas a *royalties* decorrentes de tal exploração. Logo, o bem possui dupla afetação, servindo aos interesses das comunidades indígenas e da União.

Outra hipótese é a fixação por meio das forças armadas ou polícia federal de quartéis ou postos de fronteira em terras indígenas. Tal prerrogativa é outra das hipóteses constitucionalmente embasadas de sobreposição da soberania nacional sobre o direito indígena à propriedade.

A fim de promover a defesa nacional e consagrar o disposto no artigo 142 da Constituição Federal, portanto, admite-se a hipótese de instalação de quartéis ou postos de

fronteira em áreas coincidentes com terras ocupadas pelos povos indígenas, havendo, ainda, disposição trazida pelo Decreto nº 4.412/02, em seu artigo 1º, incisos I e II:

Art. 1º No exercício das atribuições constitucionais e legais das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras tradicionalmente ocupadas por indígenas estão compreendidas:

I - a liberdade de trânsito e acesso, por via aquática, aérea ou terrestre, de militares e policiais para a realização de deslocamentos, estacionamentos, patrulhamento, policiamento e demais operações ou atividades relacionadas à segurança e integridade do território nacional, à garantia da lei e da ordem e à segurança pública;  
II - a instalação e manutenção de unidades militares e policiais, de equipamentos para fiscalização e apoio à navegação aérea e marítima, bem como das vias de acesso e demais medidas de infra-estrutura e logística necessárias; (BRASIL, 2002).

Importante trazer à baila, ainda, disposição expressa trazida no acórdão emblemático do caso da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, que segue assim transcrito:

17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente má de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. (BRASIL, 2009).

Assim, observa-se que o direito congênito do indígena à propriedade não faz obstáculo a outro importante fundamento da República, a soberania nacional, havendo, declaração expressa da instância máxima do país para garantir, em terras indígenas a instalação de quartéis ou postos de fronteira. Trata-se, portanto, de hipótese constitucional de dupla afetação, da qual se depreende a conciliação entre os dois meios aos quais se destinam com o fim de garantir, ao mesmo tempo, a soberania nacional e o respeito ao direito tradicional, face a um novo Brasil, mais abrangente, aglutinador de diversidades e, acima de tudo, soberano perante a comunidade internacional.

## 5 CONCLUSÃO

A discussão acerca do direito congênito dos indígenas à propriedade, é uma realidade presente nos cenários histórico e político-jurídico brasileiro que se perpetua ao longo de toda a história do país. Símbolos vivos da resistência (muitas vezes não pacífica), as populações indígenas sofreram, desde o início do processo de colonização do Brasil, com a mácula perpetrada pelo capitalismo extrativista europeu, que visava puramente o lucro e promoveu em nome deste, o esbulho e muitas vezes a escravização de tais povos.

Assim, em que pese a manifestação estatal de apoio e respeito a tais direitos, muitas vezes seguidas de apoio velado a um processo de extermínio sociocultural, os intensos conflitos e assenhoreamento forçado de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas foram uma constante que acompanhou o país durante todo o Período colonial, prosseguiu pelo Império e pela República, e só encontrou fim com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988.

No campo legislativo, o desenvolvimento do conceito de direito originário seguiu a própria evolução do modelo estatal, partindo de uma ótica voltada à tomada indiscriminada de terras, passando pela outorga de constituições de caráter assimilacionista e encontrando, por fim, respaldo junto a uma realidade jurídica de aglutinação de diferentes vivências e garantias metaindividuais voltadas ao respeito à diferença e não à extinção cultural.

Logo, pelo presente estudo, pôde-se constatar que os direitos congênitos dos indígenas à propriedade são uma realidade reconhecida constitucionalmente e respaldada por normamentos nacionais e internacionais, a exemplo do artigo 231 da Constituição Federal, Estatuto do índio, Convenções 107 e 169 da OIT, bem como reiteradas decisões do STF, merecendo destaque a emblemática decisão do caso Raposa Serra do Sol.

Desta forma, ao reconhecer o direito indígena à terra como originário, a Constituição Federal, e em seu bojo as demais legislações infraconstitucionais, conduziram tal direito a uma inovação única, uma vez que, ao entendê-lo como realidade atemporal, anterior a qualquer lei codificada, permitiu seu amoldamento ao conceito de propriedade.

Todavia, cumpre observar que, apesar do reconhecimento dos direitos congênitos das populações indígenas e de seu status diferenciado, estes não são plenamente absolutos, uma vez que o Estado, sob os caracteres da soberania e segurança nacional, possui determinadas prerrogativas com relação às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, podendo, de acordo com seu interesse, nas raias da legalidade, limitar tais direitos.

Nessa senda, com as políticas atuais de respeito aos direitos das populações indígenas, a Constituição afigura-se como salvaguarda de um direito que acompanhou toda a história de tais povos, e garante, por meio de tais instrumentos, o ingresso destas como parte plena e indissociável do Brasil.

Por fim, urge observar que, em que pese as constantes mudanças no cenário político em favor dos povos indígenas e de seus reflexos no campo jurídico, o presente estudo não visa o exaurimento do tema, defendendo, por seu turno, uma ótica diferenciada de garantia dos direitos congênitos aos indígenas, tendo em vista que, uma solução satisfatória aos intensos conflitos entre a União, particulares e tais povos não poderá ser alcançada por meio da criação de novas leis acerca de tal tema.

Defende-se, desta forma, uma utilização mais eficiente do aparato constitucional e infraconstitucional a disposição dos poderes componentes da União, os quais, por meio de construções jurídicas pautadas em exprimir a real intensão de tais normas, lançarão as bases de uma nova realidade social, mais abrangente, inclusiva e aberta as diferenças.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, A. V. et al. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

ARBOS, K. L.; SOUZA FILHO, C. F. M. Constitucionalismo x Democracia: O Multiculturalismo e as Comunidades Tradicionais Prismas: **Dir., Pol. Publ. e Mundial**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 55-75, jan./jun. 2010.

ANTUNES, P. B. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

AZANHA, G. As terras indígenas Terena no Mato Grosso do Sul. **Revista de Estudos e Pesquisas**, FUNAI, Brasília, v.2, n.1, p. 61-111, jul. 2005. Disponível em: <[http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Revista-Estudos-e-Pesquisas/revista\\_estudos\\_pesquisas\\_v2\\_n1/2.%20As%20terras%20indigenas%20Terena%20no%20Mato%20Grosso%20do%20Sul.pdf](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Revista-Estudos-e-Pesquisas/revista_estudos_pesquisas_v2_n1/2.%20As%20terras%20indigenas%20Terena%20no%20Mato%20Grosso%20do%20Sul.pdf)>. Acesso em: 06 nov. 2014.

BADIN, L. A. **Sobre o conceito constitucional de terra indígena**. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, Ano 51, n. 190, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21410.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2014.

BRAGA, R. C. **Direito de propriedade e a constituição federal de 1988**. 45 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Vale do Acaraú – Fortaleza. Ceará. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. TRF-1 - AMS: 8004 MT 2001.36.00.008004-3, Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Data de Julgamento: 09/02/2004, Sexta Turma, Data de Publicação: 19/04/2004 DJ. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2275974/apelacao-em-mandado-de-segurancams-8004-mt-20013600008004-3>>. Acesso em: 07 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). **Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966**. Promulga a Convenção nº 107 sobre as populações indígenas e tribais. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-58824-14-julho-1966-399446-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso, 1967. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pet: 3388 RR, Relator: Min. Carlos Britto, Data de Julgamento: 19/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000168444&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4.412, de 7 de outubro de 2002.** Dispõe sobre a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <<http://prespublica.jusbrasil.com.br/legislacao/99456/decreto-4412-02>>. Acesso em: 05 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 09 nov. 2014.

CAMINHA, P. V. **Carta a el-Rei Dom Manoel sobre o achamento do Brasil.** Disponível em: <<http://www.nilc.icmc.usp.br/nilc/literatura/cartaael.reidommanuelsobreoachamentodobrasil.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2014.

COELHO, E. M. B. **Territórios em confronto:** a dinâmica da disputa pela terra entre índios e brancos no Maranhão. São Paulo: Hucitec, 2002.

COSTA, W. M. **O Estado e as Políticas Territoriais no Brasil.** São Paulo: Contexto, 1998.

COULANGES, F. **A Cidade Antiga.** 2006. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>>. Acesso em: 25 set. 2014.

CUNHA, M. C. **Os direitos do índio:** ensaio e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987.

DANTAS, F. A. C. Os povos indígenas brasileiros e a “cidadania ativa”. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 5, p. 180-194, maio 2005.

DOLHNIKOFF, M.; SILVA, J. B. A. **Projetos para o Brasil.** São Paulo: Publifolha, 2000.

DUARTE, G. M. **A Demarcação das Terras Indígenas e Seus Potenciais Efeitos Sobre a Proteção Ambiental:** O Caso Raposa Serra do Sol. 2011. 108 f. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental e Políticas Públicas da Universidade Federal do Amapá como requisito para obtenção do título de mestre. Orientador: Prof. Edson Ferreira Carvalho. Disponível em: <<http://www2.unifap.br/ppgdapp/files/2013/05/GABRIELA-MIRANDA-DUARTE.pdf>> Acesso em: 09 nov. 2014.

DUARTE, J. **A constituição brasileira de 1946**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. v. 3.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

FUNAI. **As Terras Indígenas**. 2009. Artigo online. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/indios/terras/conteudo>>. Acesso em: 1º out. 2014.

GALLOIS, D. T. Terras Ocupadas? Territórios? Territorialidade? In: RICARDO, F. **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza**. São Paulo: ISA, 2004a. p. 37-41.

\_\_\_\_\_. **Sociedades indígenas e suas fronteiras na região sudeste das Guianas**. São Paulo: NHII-USP, 2004b.

GARFIELD, S. The Roots of a Plant That Today is Brazil: Indians and the Nation-State under the Brazilian Estado Novo. **Journal of Latin American Studies**, v. 29, n. 03, 1997.

GONZALES, R. R. **Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 218 f. Orientador: Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares, São Paulo. 1991.

GRABNER, M. L. Terra indígena: demarcação de terra indígena. In: **Dicionário de direitos Humanos - DDH**. Dicionário tipo enciclopédico – online. 2006. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Terra+ind%C3%ADgena%3A+demarca%C3%A7%C3%A3o+de+terra+ind%C3%ADgena>>. Acesso em: 03 out. 2014.

HELY SILVA, E. **O lugar dos índios, conflitos, esbulhos de terras e resistência indígena no século XIX: o caso de Escada-PE (1860/1880)**. 128 f. Dissertação (Mestrado em História)-Universidade Federal de Pernambuco. Orientador: Prof. Dr. Marcus Joaquim Maciel de Carvalho, 1995.

JUNQUEIRA, C. **Antropologia Indígena: Uma Introdução, História dos Povos Indígenas no Brasil**. São Paulo: Educ, 1999.

LEONEL, V.; MOTTA, A. M. **Ciência e pesquisa: livro didático**. 2. ed. rev. e atual. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

LEITE, S. Capítulo II: Fundação da lingüística nacional. In: **História da Companhia de Jesus no Brasil**, Tomo II (Século XVI -- A Obra). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1939. p. 545-568. Disponível em: <[http://biblio.etnolinguistica.org/leite\\_1939\\_historia](http://biblio.etnolinguistica.org/leite_1939_historia)>. Acesso em: 05 nov. 2014.

LIMA, A. C. S. A identificação como categoria histórica. In: OLIVEIRA, J. P. (Org.). **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998. p.171-220.

LIMA, R. C. **Pequena História Territorial do Brasil**. Sesmarias e terras devolutas. 5. ed.

Goiânia: UFG, 2002.

MALDI, D. De confederados a bárbaros: a representação da territorialidade e da fronteira indígenas nos séculos XVIII e XIX. **Rev. Antropol.**, São Paulo, v. 40, n. 2, 1997.

Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-77011997000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77011997000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 09 nov. 2014.

MARCHAND, A. **Do Escambo a Escravidão às Relações econômicas entre portugueses e índios na colonização do Brasil – 1500 a 1580**. 5. ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1943. v. 5.

MARCHINI, R. S. M. **A proteção constitucional das terras indígenas brasileiras no período republicano: evolução e estagnação**. 2011. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011.

MARQUES, J. M. S. **Descobrimientos Portugueses**. Documentos para a sua História. Lisboa, Instituto de Alta Cultura, 1956. [2. ed., INIC, 1988.]

<<http://digitarq.arquivos.pt/details?id=4217289>>. Acesso em: 28 set. 2014.

MELATTI, J. C. **Índios do Brasil**. São Paulo: editora USP, 2007.

MENDES JÚNIOR, J. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 2012.

MIRANDA NETO, M. J. **Pesquisa para o planejamento: métodos e técnicas**. Rio de Janeiro: FGV, 2005. 84 p.

OLIVEIRA FILHO, J. P. **Os poderes e as Terras Indígenas**. Rio de Janeiro: PPGAS, Museu Nacional, 1989.

RESENDE, M. L. C.; LANGFUR, H. Minas Gerais indígena: a resistência dos índios nos sertões e nas vilas de El-Rei. **Tempo** [online], v.12, n. 23 [cited 2014-11-08], p. 5-22. 2007.

Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-77042007000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042007000200002&lng=en&nrm=iso)>. ISSN 1413-7704. Acesso em: 29 set. 2014.

ROMANO, R. **Mecanismos da conquista colonial**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1989.

SANTILLI, J. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTILLI, M. Natureza e situação da demarcação das Terras Indígenas no Brasil. In: KASBURG, C.; GRAMKOW, M. (Org.). **Demarcando Terras Indígenas**. Experiências e desafios de um projeto de parceria. Brasília: Funai; PPTAL; GTZ, 1999. p. 33-40.

SANTOS, J. H. V. **Considerações Acerca Dos Métodos Dedutivo e Indutivo**. 2008.

Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/10195328/Consideracoes-acerca-dos-metodos-dedutivo-e-indutivo>>. Acesso em: 12 out. 2014.

SERRA, C. A. T. Considerações acerca da evolução da propriedade da terra rural no Brasil. **ALCEU**, v.4, n.7, p. 231-248, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu-n7-Serra.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

SILVA DIAS, M. O. **Quotidiano e poder em São Paulo no século XIX**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

SILVA, J. A. S. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, J. (Coord.). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 45-50.

SOUSA, C. N. I.; ALMEIDA, F. V. R. **Gestão territorial em terras indígenas no Brasil**. 2013. Disponível em: <[http://laced.etc.br/site/arquivos/ViaDosSaberes\\_Gestao.pdf](http://laced.etc.br/site/arquivos/ViaDosSaberes_Gestao.pdf)>. Acesso em: 05 nov. 2014.

SOUZA, M. N.; BARBOSA, E. M. **Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira**. 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8978&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8978&revista_caderno=9)>. Acesso em: 12 set. 2013.

SOUZA FILHO, C. F. M. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, B. S. (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 71-105.

\_\_\_\_\_. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2006.

\_\_\_\_\_. **Série Pensando o direito**, n. 19, Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça-SAL, 2009.

TOMASINO, K. **Os Kaingang da Bacia do Tibagi e suas relações com as terras baixas**. Relatório parcial de pesquisa sem maiores dados. Londrina: [s. n.] 1998.

VAINFAS, R. **A heresia dos índios - catolicismo e rebeldia no Brasil Colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

VARNHAGEN, F. A. **História Geral do Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, [1926-1936?]. I, 264-277, seção XIII, “Vida dos primeiros colonos e suas relações com os índios”. v. 5.

VERAZANI, K. S. **Assenhorear-se de terras indígenas: Barueri-sécs. XVI-XIX**. 121 f. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo –USP, Orientador: Prof. Vera Lucia Amaral Ferlini, 2009.

VIEIRA SÁ, L. **Rondon: O Agente Público e Político**. 230 f. Tese apresentada ao Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Orientador: Prof. Dra. Nanci Leonzo, São Paulo, 2009.

VOGT, C. **Riquezas em terras indígenas geram conflitos**. 2009. Artigo online. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/2005/04/04>>. Acesso em: 1º out. 2014.

WILLIAMS, S. Land Rights and the Manipulation of Identity: Official Indian Policy in Brazil. **Journal of Latin American Studies**, v. 15, n. 1, 1983.