

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CAMPUS DE IMPERATRIZ
CURSO DE DIREITO

JOÃO BAPTISTA DE SOUZA E SILVA

**DIREITO ORIGINÁRIO DOS POVOS TRADICIONAIS: Aspectos Constitucionais
da Demarcação de Terras Indígenas no Brasil**

Imperatriz
2018

JOÃO BAPTISTA DE SOUZA E SILVA

**DIREITO ORIGINÁRIO DOS POVOS TRADICIONAIS: Aspectos Constitucionais
da Demarcação de Terras Indígenas no Brasil**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao
Curso de Direito da Universidade Federal do
Maranhão, campus de Imperatriz, para obtenção do
título de bacharel em direito.

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. Me. Denisson Gonçalves Chaves

Imperatriz
2018

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

SOUZA E SILVA, JOÃO BAPTISTA DE.

DIREITO ORIGINÁRIO DOS POVOS TRADICIONAIS : Aspectos
Constitucionais da Demarcação de Terras Indígenas no
Brasil / JOÃO BAPTISTA DE SOUZA E SILVA. - 2018.

43 f.

Orientador(a): DENISSON GONÇALVES CHAVES.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade
Federal do Maranhão, IMPERATRIZ, 2018.

1. Demarcação. 2. Direito Originário. 3. Legislação.
4. Princípio Constitucional. 5. Terra Indígena. I.
GONÇALVES CHAVES, DENISSON. II. Título.

JOÃO BAPTISTA DE SOUZA E SILVA

**DIREITO ORIGINÁRIO DOS POVOS TRADICIONAIS: Aspectos Constitucionais
da Demarcação de Terras Indígenas no Brasil**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao
Curso de Direito da Universidade Federal do
Maranhão, campus de Imperatriz, para obtenção do
título de bacharel em direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Denisson Gonçalves Chaves.

Julgamento:

Assinatura:

Prof. _____, da Universidade _____.

Julgamento:

Assinatura:

Prof. _____, da Universidade _____.

Julgamento:

Assinatura:

Dedico este trabalho à todas as pessoas que me incentivaram a continuar e não desistir, sobretudo as da minha família, quando tudo parecia descrença e desânimo dadas as dificuldades, barreiras postas na labuta da vida.

AGRADECIMENTOS

Os primeiros pensamentos que me vem à cabeça para manifestar gratidão e reconhecimento nesses anos de formação são para todas e todos do quadro docente e administrativo da Universidade Federal do Maranhão, campus II, em Imperatriz/MA, pois não foram poucos os esforços desses profissionais do ensino superior para orientar e socializar conhecimento jurídico e experiência de vida para a longa caminhada que ainda temos que percorrer.

Aos colegas de classe, todos e sem exceção, que passaram pela Turma XXXV, por terem compartilhado momentos indizíveis de suas vidas, suas dores, alegrias, tristezas e, também, suas festas. Muitos dos quais abriram suas casas, integraram à sua própria família e ajudaram também a superar coletivamente as dificuldades de sala e as muitas outras extra sala.

Aos amigos de luta que de alguma maneira contribuíram para a escolha do tema abordado. Amigas e amigos incansáveis do movimento indígena de nossa região, guerreiras e guerreiros que lutam por direitos, também combatendo o preconceito e a discriminação.

Ao meu amigo e colega de trabalho, o biólogo e Investigador de Polícia Civil, Roberto Luís Fernandes PAIVA, e toda a sua família, sua esposa Helem e seus filhos, Roberth e Mariana, que estiveram sempre na torcida e acompanharam alguns dissabores que passei, mas que nunca me faltaram com palavras de ânimo, prudência e resistência.

Por fim, e por isso mesmo, porque estes foram os primeiros a me orientar nos degraus da vida até aqui e serão aqueles que continuarão comigo até o fim... agradecer à minha amável mãe, Maria Cristina, que sempre torceu apaixonadamente por minhas superações na vida e que vem me fazendo enxergar em mim, ultimamente com mais afinco, certa importância. Ao homem que amo, meu querido pai, Antonio Jorge, mais conhecido como professor Jorge, pelos princípios que a mim ensinou e as prioridades da vida que apontou como fundamentais.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade[...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Rui Barbosa

RESUMO

SOUZA E SILVA, João Baptista de. **DIREITO ORIGINÁRIO DOS POVOS TRADICIONAIS: Aspectos Constitucionais da Demarcação de Terras Indígenas no Brasil**. 2018. Monografia (Graduação) — Faculdade de Direito, Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz, 2018.

Importante questão abordada no presente trabalho diz respeito ao Direito Originário – termo utilizado pela Constituição de 1988, admitindo como Direito antecedente do próprio ordenamento jurídico pátrio - das populações tradicionais (indígenas) brasileiras que, vez por outra, entra em conflito com expectativas de direitos diversas - invasões/ocupações das terras características por populações camponesas, pequenos fazendeiros, grandes negócios e/ou latifundiários, bem como com atos (governamentais ou não) atentatórios ao direito consagrado pela Carta Magna de 1988. Também se observa a evolução histórica do direito à posse da terra para os povos indígenas brasileiros. Litígio (Reclamação 13769) recente demandado pelo Município de Amarante do Maranhão/MA é caso observado neste trabalho, com o intuito de analisar os aspectos constitucionais da demarcação de terras indígenas, além de abordar a legislação especial relacionada. Princípios Constitucionais asseguram direitos em dispositivos legais, a exemplo do Decreto 1775/1996 que regulamenta o procedimento administrativo da demarcação de terra indígena, dentre outros.

Palavras-chave: direito originário, demarcação, terra indígena, legislação, Princípio Constitucional.

ABSTRACT

SOUZA E SILVA, João Baptista de. ORIGINAL LAW OF TRADITIONAL PEOPLES: Constitutional Aspects of the Demarcation of Indigenous Lands in Brazil. 2018. Monograph (Undergraduate) - Faculty of Law, Federal University of Maranhão, Imperatriz, 2018.

An important issue addressed in the present work is the Origin Law - a term used by the 1988 Constitution, admitting as antecedent right of the Brazilian legal order itself - traditional (indigenous) Brazilian populations that, on the other hand, conflicts with invasions / occupations of land owned by peasant populations, small farmers, large businesses and / or landowners, as well as acts (governmental or non-governmental) that violate the right enshrined in the Constitution of 1988. The historical evolution of the right to land ownership for the peoples indigenous peoples. Litigation (Claim 13769) recently filed by the Municipality of Amarante do Maranhão/MA is the case observed in this work, with the purpose of analyzing the constitutional aspects of the demarcation of indigenous lands, as well as searching the related special legislation. Constitutional principles ensure rights in legal provisions, such as Decree 1775/1996, which regulates the administrative procedure for the demarcation of indigenous land, among others.

.

Key words: originating law, demarcation, indigenous land, legislation, Constitutional Principle.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. DIREITO À POSSE DE TERRAS INDÍGENAS – DO PERÍODO COLONIAL À ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL	13
2.1. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À POSSE DE TERRAS INDÍGENAS DO BRASIL REPÚBLICA.....	17
2.1.1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934	17
2.1.2. Constituição Federal de 1937	18
2.1.3. Constituição Federal de 1946.....	18
2.1.4. Constituição Federal de 1967.....	19
2.1.4.1. <i>Emenda Constitucional nº 01</i>	21
2.1.4.2. <i>Lei 6001 de 1973 – Estatuto do Índio</i>	22
2.1.5. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	23
3. DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL	28
3.1. DA NATUREZA JURÍDICA DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL.....	30
3.2. DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO E SUAS FASES.....	32
3.2.1. DO ESTUDO	32
3.2.2. DA DELIMITAÇÃO	33
3.2.3. DA DECLARAÇÃO.....	34
3.2.4. DA EXTRUSÃO.....	35
3.2.5. DO LEVANTAMENTO FUNDIÁRIO.....	35
3.2.6. DA HOMOLOGAÇÃO.....	35
3.2.7. DA REGULARIZAÇÃO E DEMARCAÇÃO OFICIAL	36
3.2.8. DA INTERDIÇÃO	36
3.3. DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL.....	36
3.4. DA FUNÇÃO MINISTERIAL	37
4. ANÁLISE SOBRE A PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA.....	37

4.1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	38
4.1.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	38
4.1.2. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	40
4.1.3. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL	41
4.2. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	42
4.2.1. PETIÇÃO 3388 RR – CASO RAPOSA SERRA DO SOL	43
4.2.2. RECLAMAÇÃO 13769 DF – CASO TERRA INDÍGENA GOVERNADOR.....	44
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	50

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de afronta a direitos fundamentais importantes e de perigo iminente de destruição de regras constitucionais ainda quanto aos direitos humanos, importante sempre lembrar, passando por vezes pelo óbvio, que os mecanismos legais garantidores de direito deverão ser sempre respaldados pela Constituição Federal, sendo regados de aspectos constitucionais relevantes que os tornam, assim, cristalizados em nosso ordenamento jurídico.

É com essa tônica que tentaremos apresentar no presente trabalho um cronograma relativo aos direitos originários dos povos indígenas à posse de suas terras, levando em consideração o procedimento administrativo da demarcação de terras indígenas.

Objetivamos enfrentar os aspectos históricos que circundam a demarcação de terras indígenas, conhecendo o direito originário quanto à terras indígenas desde o período colonial ao contexto de nossa atual Carta Constitucional (a Constituição Federal de 1988). Ainda quanto aos aspectos históricos, abordaremos os conceitos inerentes ao tema, ou seja, Terra Indígena, Direito Originário, etc. sempre buscando observar sua evolução.

Importante frisar que os direitos dos povos indígenas, apesar de atualmente solidificados, sofreram pelo próprio Estado, no decorrer da história, a tentativa de aniquilação de sua cultura e de sua identidade, porquanto a noção de integralização do indígena à comunhão nacional tratava-se do processo de aculturação dos povos originários nativos.

Também buscaremos tratar dos pormenores de cada passo do procedimento demarcatório, lidando com suas nuances, contidas na legislação brasileira, desde as portarias dos órgãos afins até as decisões do Supremo Tribunal Federal. Exploraremos também, como não menos importante, os princípios constitucionais relacionados ao procedimento demarcatório das terras indígenas.

Por fim, depois de examinarmos o procedimento demarcatório em seu aspecto jurídico, buscaremos apresentar o conjunto do próprio procedimento de demarcação de terras indígenas com respaldo legal, fincado nos aspectos constitucionais mais importantes, contido no próprio texto constitucional de nossa atual Carta Magna, bem como nos princípios que a projetam.

2. DIREITO À POSSE DE TERRAS INDÍGENAS – DO PERÍODO COLONIAL À ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Desde o Período Colonial é reconhecido o direito à terra aos povos indígenas brasileiros, mesmo que com finalidades distintas às da legislação moderna – as primeiras legislações tratavam de assegurar o acultramento das populações indígenas. A Carta Régia de 30 de julho de 1609 já garantia direitos para os indígenas, conforme designa o trecho:

(...) E para se atalharem os grandes excessos, que poderá haver, se o dito captiveiro em alguns casos se permitir, para de todo se cerrar a porta a isto, com o parecer dos meus Conselhos, mandei fazer esta Lei, pela qual declaro todos os gentios d'aquellas partes do Brazil por livres, conforme a Direito, e seu nascimento natural, assim os que já foram baptizados, e reduzidos á nossa Santa Fé Catholica, com os que ainda viverem como gentios, conforme a seus ritos, e ceremonias; os quaes todos serão tratados, e havidos por pessoas livres, como são; e não serão constrangidos a serviço, nem a cousa alguma, contra sua livre vontade; e as pessoas, que delles se servirem nas suas fazendas, lhes pagarão seu trabalho, assim, e de maneira, que são obrigados a pagar a toda as mais pessoas livres, de que se servem¹

Vê-se com facilidade o termo “gentios” em referência aos índios brasileiros, bem como a garantia de sua liberdade e a proibição de trabalhos forçados. De igual modo, em 10 de setembro de 1611, Dom Felipe III amplia os direitos indígenas, esculpindo o direito à terra, garantindo-lhes que dela [de suas terras] não seriam arrancados sem o seu consentimento, *in verbis*:

(...) E os Gentios serão senhores de suas fazendas nas povoações, assim como são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, sem sobre ellas se lhes fazer moléstia, ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das Capitánias e logares, que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quizerem fazer²

Faz-se necessário lembrar que a Coroa Portuguesa, por intermédio de Alvará Régio (datado de 01 de abril de 1608), declara que os indígenas eram senhores de seus domínios, inclusive viabilizando lugar para que os indígenas desaldeados pudessem sobreviver. Importa dizer que o regime de posse de terras era o sesmarial (Lei das Sesmarias) – a atribuição do termo sesmarias deu-se em virtude do antigo

¹ **Lei de 30 de julho de 1.609**, disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2009/12/lei-de-30-de-julho-de-1609.html>> Acessado em 21/01/2018

² **Lei de 10 de setembro de 1.611**, disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2009/12/lei-de-10-de-setembro-de-1611.html>> Acessado em 21/01/2018

costume de dividir as terras em seis partes³ -, ou seja, a distribuição de terras tinha a finalidade de estímulo da produção. Ainda assim, ficaram garantidos os direitos dos povos indígenas sobre suas terras, pois admitidos como direitos naturais e primários.

Eis o que estava posto no Alvará Régio:

[...] E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas⁴

Observa-se que a conservação dos aldeados em suas terras era garantia de que também não fossem molestados e aos desaldeados também era-lhes garantida a posse de terra para lavoura, etc, sendo desobrigados a pagarem tributos, além de que o trecho do Alvará Régio declara o direito da posse da terra aos povos indígenas como direito primário e natural.

No Período Colonial, como já visto, foram várias as normas que estabeleciam as garantias e direitos à posse de terra para as populações indígenas brasileiras. Nos anos vindouros não foi diferente, mesmo com a transformação do Estado Absolutista em Estado Liberal, com a declaração de independência e a outorga da primeira Constituição do Império (1824) por Dom Pedro I, pois ainda que esquecidos foram os direitos dos povos indígenas em legislação específica, tais direitos foram ratificados por várias vezes no período colonial, o que não foi revogado pela Constituição do Império.

No ano de 1834 houve a Reforma Constitucional do Império, nessa ocasião foram consignados os direitos dos povos indígenas, contudo, tal inclusão constitucional tinha o caráter “civilizatório”, *in verbis*:

Art. 11. Também compete às Assembléias Legislativas provinciais:

³CAETANO, Marcelo. **História do Direito Português (séculos XII a XVI) seguida de subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal no século XVI**. Textos introdutórios e notas de Nuno Espinosa Gomes da Silva. Lisboa: Editora Verbo, 2000. p. 280.

⁴ **Alvará Régio de 01 de abril de 1680**, disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2010/02/provisao-de-1-de-abril-de-1680.html>>. Acessado em: 25.03.2018.

[...] 5º) Promover, cumulativamente com a Assembléa e o Governo Geral, a organização da estatística da Província, a catequese, a civilização dos indígenas e o estabelecimento de colônias [...]⁵

A referência ao caráter civilizatório, faz-se justificada pela imposição religiosa, conquanto vigorava como Religião Oficial do Império⁶, a religião Católica Apostólica Romana. Nesse aspecto o texto constitucional busca a colonização das populações indígenas, delimitando suas terras e os catequisando de modo impositivo, condicionando sua integração junto à sociedade daquela época à tais medidas.

No período em que ainda vigente a Constituição de 1824, com a reforma de 1834, fora promulgada a Lei de Terras – Lei 601 de 18 de setembro de 1850 -, que visava regulamentar o regime fundiário do Império. Nesse instrumento, ficava então definido o conceito de Terras Devolutas em seu artigo 3º, a saber:

Art. 3º São terras devolutas:

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

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei.

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

Importa destacar o disposto no § 4º do artigo acima citado, pois, segundo João Mendes Júnior, tal menção reconhece o direito originário à posse da terra para as populações indígenas, desse modo, sendo preservados os direitos consignados no Alvará de 1º de Abril de 1680. De acordo com o autor:

[...] quer da letra, quer do espírito da Lei de 1850, se verifica que essa Lei nem mesmo considera devolutas as terras possuídas por hordas selvagens estáveis; essas terras são tão particulares como as possuídas por ocupação legítimável, isto é, são originariamente reservadas da devolução, nos expressos termos do Alvará de 1º. De abril de 1650, que as reserva até na concessão de sesmarias.⁷

⁵Reforma à Constituição do Império de 1834, disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-16-12-agosto-1834-532609-publicacaooriginal-14881-pl.html>> Acessado em: 28.03.2018

⁶ Art. 5º da Constituição de 1824: A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio (...)

⁷ MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. Edição Fac-Simile. São Paulo: Typ; Hennies Irmãos, 1992, p. 60. Apud: FREITA JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação**

A partir de então, entende-se que a Lei de Terras excluía as terras indígenas do conceito de Terras Devolutas, em razão do direito originário nelas constituído. Contudo, é preciso compreender que ainda assim, com a Reforma da Constituição de 1834, a intenção do Estado àquela época era a colonização das populações indígenas, mantendo contradições entre a garantia dos direitos originários e a regulamentação dos aldeamentos, pois a Lei de Terras em conjunto com decreto 1.318/54, diziam que parte das terras devolutas seriam direcionados para a colonização⁸ – de acordo com artigo 12 da Lei e artigos 72 e 73 do Decreto.

As contradições apontadas entre as garantias dos direitos dos povos indígenas e o constante na Lei de Terras⁹ e no Decreto¹⁰ que regulamentava os aldeamentos, fazem surgir o questionamento acerca de que as terras indígenas retornariam ao conceito de terras devolutas ou não. O raciocínio à essa indagação vai no sentido de que as terras indígenas já habitadas e que foram estabelecidos aldeamentos estão fora do conceito de terras devolutas, por outro lado, os territórios não habitados, pertencentes aos Estados, que foram estabelecidos aldeamentos, estes sim são conceitualmente terras devolutas.

Sendo assim, a Posse de Terras Indígenas tinha, no raciocínio de Luís de Freitas Júnior, seu lugar em acento diverso daquele instituído pela Posse Civil, sendo-lhe assegurada como Direito Fundamental, como antes havíamos tratado como Direito Originário, ou seja, preexistente ao ordenamento jurídico pátrio.

Do mesmo modo, assevera Bruno Lobo que:

Não se confunde, então, o indigenato ou posse indígena com a posse civil, pois o indigenato caracteriza-se pelo direito à posse, fundamentado na posse

como Direito Constitucional Fundamental. 2010. 247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010, p. 59.

⁸ FREITA JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como Direito Constitucional Fundamental.** 2010.247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010, p. 59.

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

¹⁰**Art. 72 do Decreto 1.318.** Serão reservadas terras devolutas para colonização, e aldeamento de indígenas nos districtos, onde existirem hordas selvagens; **Art. 73 do Decreto 1.318.** Os Inspectores, e Agrimensores, tendo noticia a existencia de taes hordas nas terras devolutas, que tiverem de medir, procurarão instruir-se de seu genio e indole, do numero provavel de almas, que ellas contêm, e da facilidade, ou dificuldade, que houver para o seu aldeamento; e de tudo informarão o Director Geral das Terras Publicas, por intermedio dos Delegados, indicando o lugar mais azado para o estabelecimento do aldeamento, e os meios de o obter; bem como a extensão de terra para isso necessaria.

tradicional imemorial, como forma de aquisição de direito originário que poderá até estar sendo esbulhado momentaneamente [...].¹¹

Ora, o entendimento acerca dos territórios dos aldeamentos, habitados ou não, embora as contradições apontadas a partir da legislação à época – consignando as terras desabitadas como devolutas e, assim, disponíveis no plano sesmarial – já prescreve o direito preexistente da posse de terras [habitadas] por indígenas, pois garante sua legitimidade, mesmo sem fundar-se em título legal.

2.1. Evolução Constitucional do Direito à posse de Terras Indígenas do Brasil República.

O Brasil tornou-se República no ano de 1889, tendo sido promulgada sua primeira Constituição somente dois anos depois, no dia 24 de fevereiro de 1891. Nesse sentido importa mencionar que a Constituição de 1891 não consignava os direitos dos povos indígenas, sendo tão somente consignados no texto Constitucional de 1934.

2.1.1. Constituição da República de 1934

É gravada então na Constituição de 1934, em seu Artigo 5º, inciso XIX, alínea “m”, a exclusividade de competência da União para legislar a respeito da absorção dos indígenas à comunidade nacional (colada à ideia de civilização), *in verbis*:

Art 5º - Compete privativamente à União:
 (...)
 XIX - legislar sobre:
 (...)
 m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Além desta previsão na norma Constitucional, da competência exclusiva da União relacionada à possibilidade de legislar a respeito da interação das populações indígenas com a não-indígena brasileira, no Artigo 129 da Constituição de 1934 consta o respeito à posse de terras indígenas, com 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.

¹¹ BRUNO LOBO, Luiz Felipe. **Direito indigenista brasileiro**. São Paulo: LTR, 1996. p. 50.

Percebe-se que, a despeito da garantia da inviolabilidade (respeito) da posse de terras da população indígena brasileira à época, há uma vedação explícita no texto, qual seja, a alienação de tais terras. Vedada a alienação das terras indígenas, a fim de evitar a devastação e ocupação predatórias sobre elas¹², garantidas as suas posses pelas populações indígenas que nelas se achavam permanentemente – para se ter posse da terra deveria estar ocupando aquela terra há um tempo pretérito longo – significava, de certo modo, que a Constituição de 1934 patentemente previu garantias e direitos dos povos indígenas brasileiros.

A Constituição de 1934, partindo do pressuposto de que respeitou os direitos dos povos indígenas brasileiros no tocante à posse de terras, igualou-se ao que já estava estabelecido no Alvará Régio de 1º de abril de 1680, contudo, ampliando sobremaneira as garantias e proteções ao direito da posse de terras indígenas vedando, como dantes comentamos, a alienação daquelas terras.

2.1.2. Constituição da República de 1937

Segue-se a promulgação da próxima Carta Constitucional, a saber, a Constituição Federal promulgada em 10 de novembro de 1937. Tal Carta Constitucional, embora assegurasse a posse de terra para os povos indígenas brasileiros¹³, era omissa quanto a competência legislativa no que diz respeito ao tema, sendo consignada apenas na próxima Constituição.

2.1.3. Constituição da República de 1946

Embora a omissão quanto a competência legislativa na Carta Constitucional de 37, o novo texto da Constituição da República de 1946, insculpido em seu Art. 5º, inciso XV, alínea “r” assim preconizava:

Art 5º - Compete à União:

¹² FREITA JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como Direito Constitucional Fundamental**. 2010.247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010, p. 63.

¹³ **Art. 154 da Constituição Federal de 1937**: Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

(...)
 XV - legislar sobre:
 (...)
 r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Portanto, o novo texto constitucional retorna a previsão da competência legislativa privativa da União no que diz respeito ao que o próprio texto intitula de *incorporação dos silvícolas à comunhão nacional*. Também preservou o direito à posse de terra aos povos indígenas brasileiros, apenas contendo pequena modificação no texto – do que continha na Constituição de 1934¹⁴ - passando a utilizar o termo “*com a condição de não a transferirem*” ao invés de “*vedado aliená-las*”, referindo-se à uma condicionante para a posse de suas terras. Embora a mudança nos termos utilizados, não é modificada a semântica dos textos anteriores consignados nas constituições de 1934 e 1937.

2.1.4. Constituição da República de 1967

Antes de abordarmos acerca da seguinte Constituição, cabe-nos registrar, rapidamente, fato importante e anterior, inclusive à Constituição de 1934, que foi a criação – por meio do decreto 8.072 de 20 de junho de 1910 - do Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), substituído posteriormente, no ano de 1918, pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI).

Nesse sentido o SPI, inicialmente, baseou-se no direito de autoafirmação dos indígenas e na garantia de preservação dos seus respectivos territórios, tendo como função estabelecer as diretrizes das políticas indigenistas brasileiras. A respeito da criação do SPI e seu funcionamento, opina o ilustre Darcy Ribeiro:

“Pela primeira vez era estatuído, como princípio de lei, o respeito às tribos indígenas como povos que tinham o direito de ser eles próprios, de professar suas crenças, de viver segundo o único modo que sabiam fazê-lo”¹⁵.

Não obstante a grandeza das possibilidades de atuação do referido órgão (SPI), sua atuação foi tornando-se cada vez mais precária e, muito comumente,

¹⁴ **Art. 129 da Constituição de 1934** - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, **vedado aliená-las. (grifo nosso)**

¹⁵ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. [S. L.]:Companhia das letras, 2000, p.168.

diametralmente oposta ao direitos indígenas. Palavras de João Pacheco de Oliveira e Carlos Augusto da Rocha Freire:

O SPI lançou mão de um quadro funcional heterogêneo, envolvendo desde militares positivistas a trabalhadores rurais sem qualquer formação. Os regulamentos e os planos de ação estabeleciam uma pedagogia nacionalista que controlava as demandas indígenas, podendo resultar em situações de fome, doenças e de população, contrárias aos objetivos do Serviço. [...] O regime militar instaurado em 1964 empregava o Ato Institucional nº 5 para cassar as liberdades democráticas e o Serviço de Proteção aos Índios mergulhava numa conjuntura de escândalos e corrupção, levando a investigações que puniram inúmeros funcionários¹⁶.

Vê-se, portanto, avessa e contraditória a própria norma criadora do Serviço de Proteção ao Índio, o endurecimento do regime militar, com a promulgação do Ato Institucional nº 5, o AI-5, cassando liberdades e tornando insalubre o Estado Democrático de Direito.

Em razão da sua atuação desastrosa, o SPI foi extinto no ano de 1967, culminando com a criação da Fundação Nacional do Índio, através da Lei 5.371 de 05 de dezembro do ano de 1967, ano da promulgação da Constituição Federal que comentaremos neste capítulo, vigente o regime instalado após o Golpe Civil-Militar do ano de 1964.

A próxima constituição federal a ser promulgada, curiosamente três anos após o cerceamento de direitos civis perpetrados pelo golpe civil-militar de 1964, fora a Constituição de 1967 que, também curiosamente, além de manter a competência legislativa da União sobre a matéria da integração do indígena à comunidade nacional (não-indígena)¹⁷, ampliou o direito, consignando a posse da terra aos povos indígenas e, além disso, o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes¹⁸.

Importa registrar que há uma nova concepção de posse de terra no tocante ao direito originário dos povos indígenas com o novo texto da Carta Constitucional de 1967. Enquanto a antiga legislação referia-se às posses imemorais (respeito à posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente), o novo texto traz a

¹⁶ OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília: SECAD/MEC; UNESCO; LACED/UFRJ, 2006, p. 114/149

¹⁷ **Art. 8º, inciso XVII, alínea “o” da Constituição de 1967**: Compete à União: XVII. Legislar sobre: o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

¹⁸ **Art. 186 da Constituição Federal de 1967** - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

concepção de *habitat* visionando um futuro território para esses silvícolas (indígenas), conquanto taxativo o reconhecimento do usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes. Nesse diapasão, Júlia Ribeiro Marques esclarece que:

(...) quando o dispositivo falava em assegurar aos indígenas a posse permanente das terras que habitam, a *contrario sensu* das Constituições anteriores, essa posse permanente devia ser entendida, a partir de então, como uma garantia para o futuro, no sentido de propiciar aos grupos indígenas o seu *habitat*, deixando de ser exigido como um pressuposto referente a uma ocupação passada.¹⁹

Além de inovar, ampliando o conceito de posse de terra aos povos indígenas brasileiros, a Constituição Federal de 1967 passa a incluir as terras em posse de indígenas como bem da União, garantindo maior proteção aos direitos à posse de terra para as populações indígenas daquela época.

Apesar das inovações constitucionais, de acordo com Souza Filho:

“A relação do Estado com os índios no período militar oscilou entre a proteção paternalista e a tentativa de integração compulsória através de um processo que se chamou de emancipação”²⁰

Não obstante os problemas relacionados aos direitos civis vilipendiados nesse processo de recrudescimento do regime ditatorial brasileiro, a inclusão das terras indígenas como sendo bem da União, de acordo com Villares, impedia “alienações de terras indígenas promovidas pelos Estados e Municípios e a usurpação feita por posseiros e pelas oligarquias rurais locais”²¹.

2.1.4.1. Emenda Constitucional nº 01

Ainda no regime militar, no dia 17 de outubro de 1969, fora outorgada pelo ditador Gal. Costa e Silva a Emenda Constitucional nº 01, que deu marco importante para os direitos dos povos indígenas brasileiros no que diz respeito à posse de suas terras, declarando o seguinte:

¹⁹ MARQUES, Júlia Ribeiro. **A Constituição Federal e o Direito dos Povos Indígenas à Terra: Uma análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/julia_marques.pdf>

Acesso em: 23 de fev. de 2013, p. 06.

²⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá, 2012, p. 90.

²¹ VILLARES, Luiz Fernando, **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 111.

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

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

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

A Emenda Constitucional nº 01 manteve a inclusão consignada na Constituição de 1967 das terras indígenas como bem da União²², bem como manteve a exclusividade da União no que diz respeito à competência legislativa relacionada à incorporação do indígena à sociedade²³. Manteve também a concepção de posse de terras indígenas que assegurava o direito não somente à permanência dos indígenas em suas terras como ao usufruto exclusivo de suas riquezas naturais, o que é, também, fator de proteção às possíveis intrusões e/ou outras agressões dos não-indios.

A declaração de nulidade e extinção dos efeitos jurídicos dos atos cujo objetivo fosse o domínio, a posse ou a ocupação das áreas habitadas por indígenas, constante na Emenda Constitucional nº 01 prescreve garantia jurídico-constitucional inovadora, a despeito da manutenção de alguns direitos constantes na Carta de 1967.

2.1.4.2. Lei 6001 de 19 de dezembro de 1973 – Estatuto do Índio

Ainda no Período do Regime ditatorial Civil-Militar brasileiro fora criada a Lei 6001 de 1973, mais conhecida como **Estatuto do Índio**. Tal lei, embora trabalhasse o direito indígena de maneira mais detalhada, ainda mantinha a ideia integracionista/assimilacionista, cujo aspecto era mantido devido aos interesses político-econômicos da época, como colabora Villas Bôas:

[...] Como não poderia deixar de ser, uma vez que no regime militar o direito estava claramente submetido a ingerências de ordem econômica e, sobretudo, política, a Lei nº 6.001/73 apresentará uma série de dispositivos que manifestam a evidente intenção de integração das comunidades

²² **Art. 4º.** Incluem-se entre os bens da União: (...) IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

²³ **Art. 8º.** Compete à União: (...)XVII - legislar sobre: (...) o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;

indígenas à sociedade brasileira, de modo a fazer com que as mesmas não estorvassem o desenvolvimento do país e a exploração de seu interior.²⁴

O Estatuto do Índio, nesse sentido, violentava as identidades etno-culturais dos povos indígenas brasileiros, pois mantinha uma finalidade distinta da de proteção orgânica das populações indígenas às suas tradições e à sua cultura.

Quanto ao direito da posse de Terras Indígenas, o Estatuto do Índio manteve as garantias constantes na Constituição de 1967, *in verbis*:

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

[...] IX - garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes;

Interessante frisar que o estatuto do índio foi pioneiro em estabelecer a demarcação de terras indígenas como procedimento administrativo – devendo ser regulamentado por decreto do Poder Executivo – sendo previsto no Artigo 19 da referida Lei, muito embora tenham ocorrido demarcações de áreas indígenas ainda a partir do SPI (Serviço de Proteção ao Índio) que, de acordo com Souza Filho, “demarcou cerca de 54 áreas indígenas, todas com seus espaços reduzidos, perfazendo no total menos de 300 mil hectares”.²⁵

Ainda quanto a demarcação de Terras Indígenas, no parágrafo 2º do artigo 19 do Estatuto do Índio, foi estabelecido que contra a demarcação processada nos termos da lei, não caberia interdito possessório, sendo facultado o recurso à ação possessória ou demarcatória.

2.1.5. Constituição da República Federativa de 1988

Enfim, a promulgação da Constituição Cidadã, termo utilizado por Ulisses Guimarães²⁶, no dia 05 de outubro do ano de 1988. Mais do que todas as

²⁴ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo*. In: BITTAR, Eduardo. *História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas. 2003, p. 283

²⁵ SOUZA FILHO, C. F. M. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998

²⁶ MARTINS, EBC. *Educação e serviço social: elo para a construção da cidadania [online]*. São Paulo: Editora UNESP. 2012. P. 88.

Constituições anteriores, a atual Carta Magna passa a tratar de maneira mais acurada os direitos indígenas brasileiros. Corroborando com tal constatação, de acordo com Bulos:

[...] esta pode ser denominada a “Constituição do Índio”, justamente pela preocupação de seus legisladores com esse tema, inspirada nas Constituições da Colômbia e do Paraguai.²⁷

Diversos são os dispositivos com a finalidade de garantir e proteger os direitos das populações indígenas brasileiras, sendo dedicado um capítulo inteiro na Constituição de 1988, para tratar da matéria. Além do mais, é na Constituição de 1988 que se define um conceito jurídico sobre terra indígena, reconhecendo o direito à posse de terras indígenas como direito originário dos povos indígenas brasileiros.

Eis a letra do Capítulo VIII, Dos Índios, de nossa Constituição Federal (1988):

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

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

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

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

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

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

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a

²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1445.

extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Os avanços da Constituição Federal de 1988 no tocante aos direitos dos povos indígenas foram tamanhos que modificaram, inclusive, a visão colonialista a respeito da integração [do indígena] compulsória à comunidade não indígena. Nesse aspecto, discorre Márcio Santilli:

A mudança profunda que a Constituição de 1988 introduziu foi o reconhecimento de direitos permanentes aos índios. Ela abandona a tradição assimilacionista e encampa a idéia – a realidade dos fatos – de que os índios são sujeitos presentes e capazes de permanecer no futuro.²⁸

Desse modo, no *caput* do Art. 231 da CF/88, a respeito do conceito jurídico sobre terras indígenas, a Constituição Cidadã desvela dois importantes preceitos constitucionais, a saber: a) **os direitos originários**; b) a **ocupação tradicional** das populações indígenas às suas terras²⁹.

A utilização do termo “direitos originários” patenteia a diferenciação relacionada ao Direito de Posse Civil, no tocante à posse de terras indígenas, pois que trata o direito à terras para os povos indígenas como direito fundamental. Nesse sentido, segundo Lásaro Moreira da Silva, “O termo originário designa um direito anterior ao próprio Estado brasileiro, uma posse congênita, legítima por si mesma, ao contrário da posse adquirida que precisa preencher os requisitos civilistas para o reconhecimento”³⁰.

Nesse mesmo aspecto, ainda no que diz respeito à diferenciação do direito à posse civil com o direito originário dos povos tradicionais (nesse contexto os povos indígenas brasileiros) às suas terras, ensina José Afonso da Silva:

²⁸ Márcio SANTILLI, **Os brasileiros e os índios**. São Paulo: Senac, 2000. p. 29.

²⁹ **Art. 231, caput da Constituição Federal** – São reconhecidos aos índios [...] os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam [...]

³⁰ SILVA, Lásaro Moreira da. **O reconhecimento dos Direitos Originários dos Índios sobre suas Terras Tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a Extensão do Conceito de Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas**. Revista Jurídica Unigran, Dourados/MS, v. 6, n. 11, jan./jul. 2004, p. 142.

A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios não é simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela 'possessio ab origine' que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio. Por isso é que João Mendes Júnior lembrou que a relação do indígena com suas terras não era apenas um 'ius possessionis', mas também um 'ius possidendi', porque ela revela também o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Podemos dizer que é uma posse como habitat no sentido visto antes. Essa idéia está consagrada na Constituição, quando considera as terras habitadas, segundo os usos, costumes e tradições dos índios. Daí a idéia essencial de permanência, explicitada pela norma constitucional. Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat. Se se destinam (destinar significa apontar para o futuro) à posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é direito originário já mencionado. O reconhecimento do direito dos índios ou comunidades indígenas à posse permanente das terras por eles ocupadas, nos termos do art. 231, § 2º, independe de sua demarcação, e cabe ser assegurada pelo órgão federal competente, atendendo à situação atual e ao consenso histórico.³¹

Sobre o reconhecimento do Direito Originário, preceito constitucional, discorre ainda José Afonso da Silva:

[...] ao reconhecer o direito originário da terra ao indígena, a Constituição Federal de 1988 alicerça-se no instituto do indigenato, isto é, o direito indígena à terra é congênito, sendo este um instituto luso-brasileiro, originando-se nos tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1.680, o qual estabelecia que às terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos povos indígenas, primários e naturais senhores dela³².

É inequívoco que o primeiro dos preceitos constitucionais que alicerça o conceito jurídico de terras indígenas, demonstrado no *caput* do Art. 231 da CF/88, trata-se do direito originário. Seguido deste, como explica o parágrafo 1º do artigo em comento, está a ocupação tradicional das terras às populações indígenas brasileiras.

Destrincha o significado de “ocupação tradicional”, com certa maestria, José Afonso da Silva:

O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, e as que têm

³¹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 858-859.

³² DA SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 854/856

espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize de acordo com seus usos, costumes e tradições³³

O parágrafo primeiro do Artigo 231 (CF/88), de maneira didática, demonstra, dentro do conceito de terras tradicionalmente ocupadas, quatro pontos fundamentais, quais sejam:

- 1) terras habitadas pelos indígenas em caráter permanente;
- 2) terras utilizadas para atividades produtivas;
- 3) terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessárias ao seu bem-estar;
- 4) terras necessárias a sua reprodução física e cultural.

Quanto ao primeiro ponto fundamental, qual seja a expressão “em caráter permanente”, de acordo com Lásaro, “não mais está relacionada à posse imemorial de terras indígenas, relacionadas tão somente à longínqua e contínua ocupação/posse pretérita de suas terras, mas ressignificando as terras tradicionais dos povos indígenas como destinadas para sempre a seu habitat”³⁴.

Quanto ao segundo ponto – terras utilizadas para atividades produtivas – este está relacionado à atividades produtivas de subsistência, tratando da cultura de sobrevivência dos povos indígenas.

Quanto ao terceiro ponto que se refere às “*terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessárias ao seu bem-estar*”, trata-se da adequação do ambiente/espaço natural onde habitam os povos indígenas. Nesse sentido, Souza Filho conclui que “as populações indígenas sem seus territórios perdem suas referências culturais”³⁵.

No tocante ao quarto ponto - terras necessárias a sua reprodução física e cultural – o texto constitucional visa garantir um território destinado as populações indígenas devendo também servir de proteção ao desenvolvimento cultural e seu crescimento populacional.

³³ Id, p. 856

³⁴ SILVA, Lásaro Moreira da. **O reconhecimento dos Direitos Originários dos Índios sobre suas Terras Tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a Extensão do Conceito de Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas**. Revista Jurídica Unigran, Dourados/MS, v. 6, n. 11, jan./jul. 2004, p. 150

³⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá. 1998, p. 120.

Por derradeiro, e não menos importante, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Artigo 67 - do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República – define um prazo de cinco anos para a conclusão das demarcações de terras indígenas no Brasil, ainda que o entendimento do melhor direito não se limita à um marco temporal que já se excedeu, mas que necessita ser cumprido.

Em que pese o conflito de entendimentos entre os doutrinadores brasileiros a respeito da natureza jurídica das Terras Indígenas – se bens públicos dominicais ou bens públicos de uso especial e ainda diverso da natureza administrativista ou civil – o certo é que, antes de mais nada, o texto constitucional as trata como territórios imprescindíveis para o exercício da preservação ambiental, seu bem estar, sua reprodução física e cultural, o que é indissociável do próprio conceito de Terra Indígena.

A posse de Terra indígena, por melhor entendimento, trata-se de posse coletiva, sendo a Terra indispensável à tradicionalidade, à continuidade dos traços identitários das diversas etnias, que são intrínsecos aos traços culturais intimamente ligados à posse de suas terras. Então, como já visto, a Posse de Terra Indígena é diversa do conceito de Posse Civil como nos Ensina Souza Filho, ao afirmar que:

[...] a lei brasileira logrou criar uma situação especial para os povos indígenas e seus territórios, fazendo-os de propriedade pública, estatal, e posse privada, mas coletiva, não identificável individualmente³⁶

O próprio texto constitucional explicita a natureza jurídica das Terras Indígenas Brasileiras, quando no parágrafo quarto do artigo 231 da CF/88, a define como inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis, características inerentes aos bens públicos, todavia, com a especialidade que o próprio conceito constitucional a caracteriza.

3. Da Demarcação de Terras Indígenas no Brasil

No capítulo anterior tratamos de um breve apanhado histórico do direito à posse de terras indígenas aos povos indígenas brasileiros desde o Período Colonial à

³⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 1ª Ed. 5ª tir. Curitiba: Juruá, 1999, p. 121

evolução Constitucional Republicana. Neste capítulo utilizaremos dados oficiais atuais a respeito do tema [Demarcação de Terras Indígenas] e discorreremos sobre o mecanismo da demarcação de terras indígenas no ordenamento jurídico brasileiro.

Importa, *a priori*, resumidamente, voltarmos ao constitucional conceito jurídico de Terra Indígena retratado no capítulo anterior, respeitando quatro pontos importantes para sua formação conceitual, quais sejam aqueles apontados no Art. 231 da CF/88.

Portanto, Terras Indígenas (tradicionalmente ocupadas) são terras habitadas por indígenas brasileiros em caráter permanente, utilizadas para atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessárias ao seu bem-estar e necessárias a sua reprodução física e cultural.

Aprofundando-se ao conceito de Terras Indígenas, aponta Barbosa:

Trata-se do território de um povo, no qual esse povo vive e continuará a viver para sempre. Não pode ser, portanto, um espaço mesquinamente concebido, de maneira que, com o passar dos anos, venha a ser tão diminuto, pelo próprio incremento demográfico e pela constante e intensiva exploração do solo, que leve à impossibilidade da preservação dos recursos ambientais necessários ao bem estar desse mesmo povo.³⁷

Para que as Terras Indígenas cumpram seu conceito constitucional se faz necessário que o Estado promova sua proteção definindo seus limites e, portanto, assim como estipula-se o prazo no Artigo 65 da CF/88, definindo um marco temporal, demarcando terras indígenas em todo o território nacional.

A definição do Procedimento de Demarcação de Terras Indígenas encontra-se amoldada nas palavras de Carlos Frederico Marés como sendo “a forma procedimental pela qual o poder público federal reconhece a incidência dos elementos descritos no artigo 231, parágrafo primeiro da Constituição Federal sobre uma sorte de terras”.³⁸

Antes do decreto nº 1775/96, outros decretos regulamentavam o procedimento administrativo, quais sejam: Decreto 76.999/76, Decreto 88.118/83, Decreto 94.945/87 e Decreto 22/91. O atual procedimento de demarcação de Terras Indígenas no Brasil deve-se à sua regulamentação constante no Decreto nº 1775 de 8 de janeiro

³⁷ BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas do Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001. p. 94.

³⁸ MARÉS, Carlos Frederico. **O processo de demarcação de terras indígenas: o poder público federal deve aplicar o artigo 231 da Constituição**. In: **TERRAS indígenas no Brasil**. São Paulo: CEDI/PETI, 1990, p.11.

de 1996, na Portaria nº 14/MJ, de 09/01/1996³⁹, bem como no disposto na Lei 6001 de 1973 (Estatuto do Índio).

O Estado Brasileiro caminha ao longe de resolver a questão constitucional levantada no Art. 65 da CF/88, pois de acordo com dados georreferenciais da FUNAI – Fundação Nacional do Índio, divulgados em setembro de 2017⁴⁰, no Brasil temos a seguinte situação fundiária, quanto ao procedimento de demarcação de Terras Indígenas:

Tabela 1 - Situação Fundiária das Terras Indígenas no Brasil – Procedimento Administrativo

FASE DO PROCESSO	QTDE	SUPERFÍCIE(ha)
DELIMITADA	38	5.531.936,68
DECLARADA	72	3.415.646,66
HOMOLOGADA	17	1.586.696,89
REGULARIZADA	435	105.648.344,90
TOTAL	562	116.997.082,24
EM ESTUDO	114	5.769,00
PORTARIA DE INTERDIÇÃO	6	1.084.049,00
RESERVA INDÍGENA	QTDE	SUPERFÍCIE(ha)
REGULARIZADA	31	42.621,13
ENCAMINHADA RI	15	3.867,75
TOTAL	46	46.488,88

Fonte: Fundação Nacional do Índio – FUNAI, 2017.

Ainda de acordo com os dados retro citados, a superfície total do Território Nacional é compreendida em 851.576.704,9 ha e a superfície total das terras indígenas com limites já definidos corresponde a 12,90% do território nacional.

3.1. Da Natureza Jurídica da Demarcação de Terras Indígenas no Brasil

Sabe-se que a demarcação de Terras Indígenas no Brasil tem o objetivo de fazer valer a norma Constitucional no que diz respeito ao conceito jurídico de Terras

³⁹ Portaria 14/96 FUNAI/MJ, disponível em: <
<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria14funai.pdf>>

⁴⁰ Mapa FUNAI disponível em: <http://mapas2.funai.gov.br/portal_mapas/pdf/terra_indigena.pdf>

Indígenas (Art. 231 CF/88), bem como o estabelecido no Art. 65 do Estatuto do Índio e no Art. 67 da Constituição Federal de 1988, que significa a urgência e necessidade das demarcações por todo o país.

A despeito dos objetivos da demarcação de terras indígenas, faz-se necessário lembrar que independentemente da demarcação, ou seja, do procedimento administrativo que delimita a área indígena, as terras indígenas, ou melhor, o direito à posse de terras indígenas das populações indígenas brasileiras trata-se de direito preexistente ao ordenamento jurídico pátrio, sendo consideradas terras indígenas antes mesmo de demarcadas.

Sendo assim, a demarcação de terras indígenas passa a ser ato meramente declaratório, como assevera o Ministro Ricardo Lewandowski em trecho de decisão na STA – Suspensão de Tutela Antecipada 780, onde discorre: [...] Inicialmente, é de se mencionar que a demarcação de terras indígenas constitui ato meramente declaratório, que apenas reconhece um direito preexistente e assegurado constitucionalmente.⁴¹

Não obstante a demarcação de terras indígenas tratar-se de ato meramente declaratório, como alhures compreendemos pela preexistência do direito à legislação nacional, nos ensina Carlos Frederico Marés de Souza Filho acerca de sua importância:

[...] Ainda que a demarcação seja mero ato declaratório, é um ato importante, pois, uma vez demarcada a terra fica mais fácil exigir a proteção dos órgãos responsáveis do Estado.⁴²

A importância da conclusão do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas vê-se indispensável dadas as intrusões de não-índios em seus territórios, bem como as ações de grupos econômicos (empresas de prospecção, latifundiários, etc.) e, por vezes, do próprio Estado que põem em risco a integridade das terras indígenas, bem como a cultura e até mesmo sua existência [dos povos tradicionais].

Por esse viés, explica a advogada Melissa Volpatu Curi:

⁴¹ STF - **STA: 780 DF - DISTRITO FEDERAL** 8620161-29.2015.1.00.0000, Relator: Min. Presidente, Data de Julgamento: 17/03/2015, Data de Publicação: DJe-055 20/03/2015

⁴² MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. **Capítulo VIII – Dos Índios. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil**, Série IDP, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2152

[...] Vale considerar que o fato da demarcação se constituir em um ato declaratório não retira sua importância nem a necessidade de a União concluir esse processo. Devido ao desrespeito aos direitos indígenas, tanto em relação à sua cultura quanto à posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam, grande parte das terras indígenas possuem a presença de não-índios, que acabam se acomodando nessas terras ou as invadindo para retirar recursos naturais, como madeira e minérios.⁴³

Portanto, a Constituição Federal ao consignar o direito à posse das Terras Indígenas para estes silvícolas, apenas reconhece o direito de maneira declaratória. Acompanha a demarcação como ato declaratório de um direito preexistente e sua importância, da formalidade, está na garantia de que, em delimitada sua área (terra indígena), sua proteção poderá também ser requerida formalmente.

3.2. Do procedimento demarcatório e suas fases

De acordo com o Decreto nº 1775 de 8 de janeiro de 1996⁴⁴, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, tal procedimento para ser concluído precede de pelo menos oito fases, a saber:

- 1) **O estudo** atropológico, histórico, etc.;
- 2) **A delimitação** da área que obteve aprovação dos estudos;
- 3) **A declaração** das terras indígenas;
- 4) **Realização da Extrusão**;
- 5) **Realização do Levantamento fundiário** por intermédio do Incra – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária;
- 6) **Homologação** das Terras pela Presidência da República;
- 7) **Realização da Demarcação Oficial**;
- 8) **A realização da interdição** da área pela FUNAI.

3.2.1. Do estudo

O artigo 2º do decreto 1775/96 trata da primeira fase do procedimento administrativo da demarcação de terras indígenas, dispondo o seguinte:

⁴³ VOLPATU CURI, Melissa. **Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal**. Consilium - Revista Eletrônica de Direito, Brasília n.4, v.1 maio/ago. de 2010

⁴⁴ **Decreto 1775/96**, disponível no site eletrônico: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm>

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

A fundamentação das demarcações de terras indígenas será o estudo antropológico realizado por técnico (Antropólogo), obedecendo prazo determinado na portaria que o nomear. Ressalte-se que o estudo em questão deverá obedecer o disposto na Portaria/FUNAI nº 14, de 09 de janeiro de 1996, que dispõe regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas.

3.2.2. Da Delimitação

O parágrafo primeiro do Artigo 2º do Decreto 1775/96, estabelece competência à FUNAI para compor a equipe técnica especializada, coordenada por antropólogo, a fim de realizar complementares estudos diversos (antropológico, histórico, etnográfico, sociológico, jurídico, etc), bem como o levantamento fundiário. Tais passos são indispensáveis e condição *sine qua non* à delimitação.

O Levantamento Fundiário que tratam os parágrafos 1º e 2º do decreto em comento, em princípio deverá ser realizado pelo Grupo Técnico designado pela FUNAI, contudo, poderá quando necessário ser realizado em conjunto com órgão (estadual ou federal) específico, como p.ex. o Incra, *in verbis*:

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

§ 2º O levantamento fundiário de que trata o parágrafo anterior, será realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio.

Além da possibilidade do Grupo Técnico trabalhar em conjunto com outros órgãos, poderá também solicitar a colaboração da comunidade científica a fim de elaborar seus estudos (§4º do decreto 1775/96).

Os órgãos públicos deverão e as entidades civis poderão (facultativamente), no prazo de trinta dias da publicação do ato constitutivo do Grupo de Estudos, prestar-lhe informação sobre a área objeto de estudo (§5º do Decreto 1775/96).

Ao final do levantamento técnico, deverá ser apresentado relatório circunstanciado (§6º do Decreto 1775/96) para a FUNAI apresentando a Terra Indígena que deverá ser demarcada.

Aos relatórios de identificação e delimitação, **antes de sua publicação (grifo nosso)**, não se aplicarão as regras constantes na Portaria/FUNAI 14/96, de acordo com seu artigo 5º.

Será publicado (no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do Estado local da demarcação) o resumo do Relatório Circunstanciado aprovado pelo chefe da FUNAI, dentro de quinze dias a contar do seu recebimento, junto a memorial descritivo e mapa de área, devendo ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel (§ 7º do Decreto 1775/96).

Desde o início do procedimento administrativo de demarcação de Terras Indígenas, até noventa dias após a publicação do resumo do Relatório Circunstanciado, abrir-se-á o contraditório, *in verbis*:

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

§ 9º Nos sessenta dias subseqüentes ao encerramento do prazo de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas.

Finaliza-se esta fase no aguardo da análise pelo Ministério da Justiça e sua consequente decisão no que diz respeito a expedição da Portaria Declaratória da posse tradicional da terra indígena.

3.2.3. Da Declaração

Nesta fase, o Ministro da Justiça obedecerá o prazo de trinta dias, após o seu recebimento, para decidir acerca de três possibilidades: a) Expedir Portaria Declaratória, demarcando fisicamente a área indígena; b) prescrever, no prazo de noventa dias, diligências outras que julgue necessário; c) desaprovando a

identificação da área indígena, de maneira fundamentada, devolvendo os autos para a FUNAI.

No caso das Terras autorizadas para serem demarcadas fisicamente, realizadas a materialização dos marcos e o procedimento de georreferenciamento, com a expedição da Portaria Declaratória, é iniciada a fase de Extrusão

3.2.4. Da Extrusão

Acaso sejam encontrados não índios na(s) terra(s) declarada(s), o Incra – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (órgão fundiário responsável) fará, com prioridade, seu reassentamento, de acordo com o levantamento do Grupo Técnico, obedecidos os ditames legais. (Art. 4º do Decreto 175/96)

3.2.5. Do Levantamento Fundiário

O levantamento fundiário está disciplinado na Portaria/FUNAI nº 14, de 09 de janeiro de 1996, na Sexta Parte, *in verbis*:

VI - SEXTA PARTE - Levantamento Fundiário: a) identificação e censo de eventuais ocupantes não índios; b) descrição da(s) área(s) por ele(s) ocupada(s), com a respectiva extensão, a(s) data(s) dessa(s) ocupação(ões) e a descrição da(s) benfeitoria(s) realizada(s); c) informações sobre a natureza dessa ocupação, com a identificação dos títulos de posse e/ou domínio eventualmente existentes, descrevendo sua qualificação e origem; d) informações, na hipótese de algum ocupante dispor de documento oriundo de órgão público, sobre a forma e fundamentos relativos à expedição do documento que deverão ser obtidas junto ao órgão expedidor.

Do mesmo modo, também dispõe acerca do levantamento fundiário a Instrução Normativa/FUNAI nº 02, de 03 de fevereiro de 2012, que designa à Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias para que proceda a indicação do caráter da ocupação, bem como quais benfeitorias são passíveis de indenização, para posterior decisão da Presidência FUNAI.

3.2.6. Da Homologação

Após todo o procedimento administrativo, obedecidas todas as fases anteriores, a demarcação de terra indígena é homologada, mediante Decreto da Presidência da República. (Art. 5 do Decreto 1775/96).

3.2.7. Da Regularização e Demarcação Oficial

No intervalo de até trinta dias após a publicação da Homologação que trata o Art. 5º do Decreto 1775/96, a FUNAI procederá ao registro no Cartório Imobiliário da comarca respectiva e também na SPU/MJ – Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Justiça. (Art. 6º do Decreto 1775/96). Nessa fase, a Terra indígena regularizada é considerada demarcada oficialmente.

Importante frisar que nas demarcações em que o decreto homologatório não tenha sido objeto de registro (Art. 6º do Decreto 1775/96) nos órgãos específicos, caberá o contraditório, segundo preceitua o §8º, do artigo 2º do Decreto 1775/96, sendo competência do Presidente da República as providências cabíveis, após exame e posterior propositura do Ministro da Justiça. (Art. 9º do Decreto 1775/96).

3.2.8. Da Interdição

Após a demarcação oficial da Terra Indígena, a FUNAI, no exercício do Poder de Polícia (Inciso VII, do artigo 1º, da Lei 5.371/67), realizará a Interdição – disciplinando o ingresso e trânsito de terceiros, em áreas de proteção das populações indígenas isoladas, além de tomar outras medidas. (Art. 7º do Decreto 1775/96).

3.3. Da Competência Jurisdicional

Quanto a Competência Jurisdicional quando das disputas inerentes aos direitos indígenas, o inciso XI do Artigo 109 da Constituição Federal de 1988 estabelece competência para a Justiça Federal processá-las e julgá-las.

Quanto à Ação Popular de Declaração da Invalidez de Atos Demarcatórios, a competência para processar e julgar é do Supremo Tribunal Federal, de acordo com decisão do próprio STF (Rcl nº 2.833. Min. Carlos Britto, DJ 05/08/05), sendo também de sua competência a apreciação de todos os feitos processuais relacionados com a demarcação de reservas indígenas, conforme o teor:

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCESSOS JUDICIAIS QUE IMPUGNAM A PORTARIA Nº 820/98, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DEMARCOU A RESERVA INDÍGENA DENOMINADA RAPOSA SERRA DO SOL, NO ESTADO DE RORAIMA. - Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea f do inciso I do art. 102 da Lei Maior). - Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a

declaração da invalidade da Portaria nº 820/98, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta Casa de Justiça apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. - Reclamação procedente. (STF - Rcl: 2833 RR, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 14/04/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 05-08-2005 PP-00007 EMENT VOL-02199-01 PP-00117 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 262-275 RTJ VOL-00195-01 PP-00024)

Cabe-nos acrescentar que a Reclamação ora em comento restou procedente, como argumenta Ministro Relator Carlos Augusto Ayres de Freitas Brito, pois que é caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo, o que, para o Excelentíssimo Ministro, é gravidade suficiente para atrair a competência do Supremo Tribunal Federal.

3.4. Da Função Ministerial

Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988, além de fixar competência jurisdicional quanto à matéria, também inseriu, como registrado no inciso V, do artigo 129, dentre as demais funções do Ministério Público, a função institucional de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

4. ANÁLISE SOBRE A PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA

Estudamos, inicialmente, aspectos constitucionais históricos, relacionados à evolução constitucional por períodos da história de nosso país – Do Período Colonial à atual Carta Federativa. Discorreremos sobre o tratamento da Constituição Federal de 1988 dispensado aos direitos originários dos povos indígenas e os conceitos relativos à Terra Indígena.

Também podemos estudar o próprio procedimento demarcatório, regulamentado atualmente pelo Decreto 1775/96 e pelo Estatuto do Índio. Importa dizer que existem outros aspectos que transcendem ao conteúdo textual - existentes explicita e implicitamente na Constituição - mas de extrema importância, tais como os princípios Constitucionais, que são mandamentos jurídicos, fundamento do Direito.

Outrossim, trataremos também de outro aspecto importante relacionado ao tema, que trata-se das decisões reiteradas da Corte Constitucional (STF) que firmam o entendimento jurídico constitucional do direito à posse de Terras Indígenas no Brasil e do procedimento demarcatório das Terras Indígenas Brasileiras.

4.1. Princípios Constitucionais

O procedimento demarcatório é mecanismo com forte apelo constitucional, importantíssimo para garantir e proteger os direitos indígenas no tocante à posse de suas terras. Tais garantias de direito são reforçadas por princípios constitucionais, basilares e formadores das normas, que cristalizam o direito com previsão constitucional expressa.

Os Princípios Constitucionais, para Paulo Márcio Cruz:

[...] são normas jurídicas caracterizadas por seu grau de abstração e de generalidade, inscritas nos textos constitucionais formais, que estabelecem os valores e indicam a ideologia fundamentais de determinada Sociedade e de seu ordenamento jurídico. A partir deles todas as outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas.⁴⁵

Eis os aspectos constitucionais essenciais para o procedimento demarcatório, pois que os princípios constitucionais são diretrizes do sistema normativo e fator condicional para a interpretação e aplicação das normas.

Dentre tantos princípios constitucionais que pode-se relacionar, observa-se ao menos três princípios constitucionais que fundamentam o procedimento administrativo da demarcação de terras indígenas no Brasil, quais sejam:

- a. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana
- b. Princípio da Função Social da Propriedade
- c. Princípio da Proibição do Retrocesso Social

4.1.1. Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A demarcação de Terra Indígena no Brasil, como dantes discorreremos, é fator importante da proteção dos direitos indígenas não só no que diz respeito à Terra Indígena, mas a tudo o mais que a envolve, assim sendo, o procedimento de demarcação de terras indígenas está intimamente ligado ao Princípio de Dignidade da Pessoa Humana.

⁴⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 99.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, dignidade da pessoa humana é:

[...] uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida⁴⁶

Bulos também discorre a respeito, asseverando que:

[...] a dignidade humana reflete [...] um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem [...] pois seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais⁴⁷

Sendo assim, a preservação histórico-cultural dos povos indígenas, a preservação ambiental de suas terras, depende, antes de mais nada, da proteção de suas fronteiras, vez que a derrocada dos direitos à posse de terras indígenas significaria também a destruição de sua cultura e dos demais fatores humanos que constroem suas identidades étnico-culturais.

É possível compreender também nas palavras de José Afonso da Silva o conceito de dignidade humana, ponderando que:

[...] a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano [...] A Constituição, reconhecendo sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. [...] a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.⁴⁸

⁴⁶ SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22

⁴⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 392

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, 8ª ed., atual., até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011, São Paulo: Malheiros, 2012. p. 40.

Isto posto, importa dizer que a preservação dos direitos indígenas, da cultura, da história e memória e as garantias que envolvem sua proteção social, de reprodução, de sua própria identidade, etc. compreendem à dignidade da pessoa humana, conquanto significam a continuidade asseguradora dos elementos que formam a pessoa humana, sua essência por assim dizer.

4.1.2. Princípio da Função Social da Propriedade

Outro princípio importante que discorreremos no presente trabalho diz respeito ao Princípio da Função Social da propriedade relacionada ao procedimento de Demarcação de Terras Indígenas que, ao contrário do senso comum, resta respaldado no procedimento demarcatório, na sua finalidade, que é a formalização das fronteiras das terras indígenas.

A Constituição Federal em seu artigo 186, assim discorre:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Eis a inscrição do Princípio da Função Social da Propriedade na Constituição Federal de 1988. Percebe-se que para que se cumpra a função social da propriedade, pelo menos quatro aspectos condicionantes precisam ser respaldados, os quais constam nos incisos do artigo em comento.

Nesta seara, é importante dizer que a função social da terra não se limita a sua exploração econômica, muito pelo contrário, a sua não-preservação seria, nesse aspecto, a ociosidade do uso da terra, afinal de contas, um dos critérios da função social é a preservação do meio-ambiente.

Por esse viés, discorre o professor Marés:

A humanidade, no final do século XX, se deu conta de que a terra é necessária não só para sustentar mercadorias, mas também para manter viva a biodiversidade. A ela se aliam as diversas formas de sociedades, de organizações humanas que tiram da terra não só seu alimento, mas sua alegria, mitos e cultura. Esta sociodiversidade, aliada a biodiversidade, é que

pode dar resposta mais precisa do que seja a função social da terra, ou da propriedade, como o chamam as leis⁴⁹

Não há conceituação fechada do que venha a ser tal função social da propriedade, pois a que se destinam as terras ocupadas por populações tradicionais senão também a preservação do que Marés chama de “sociodiversidade, aliada a biodiversidade”.

Portanto, a função social da terra afeita aos povos indígenas está justamente nas garantias de que, pela proteção dos territórios indígenas, haverá proteção e garantia à preservação de suas culturas.

4.1.3. Princípio da Proibição do Retrocesso Social

A Constituição Federal de 1988 inscreve importantes direitos aos povos indígenas, tal como o direito originário à suas terras. Seria um rompimento com o Estado Democrático de Direito medidas legislativas, etc. que sugerissem o retrocesso desses direitos.

O princípio da Proibição do Retrocesso Social ou Princípio do Não Retrocesso trata-se de princípio implícito à Constituição Federal, pois que não possui referência textual expressa na CF/88, contudo uma previsibilidade implícita, haja vista as proteções e garantias da própria Carta Magna aos direitos sociais adquiridos.

Nesse sentido, explica Lênio Streck:

Neste ponto adquire fundamental importância a cláusula implícita de proibição de retrocesso social, que deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas. Mais e além de todos os limites materiais, implícitos ou explícitos, esse princípio deve regular qualquer processo de reforma da constituição. Nenhuma emenda constitucional, por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social. Essa cláusula paira sobre o Estado Democrático de Direito como garantidora de conquistas. Ou seja, a Constituição, além de apontar para o futuro, assegura as conquistas já estabelecidas. Por ser um princípio, tem aplicação na totalidade do processo aplicativo do Direito⁵⁰

Assevera ainda:

Embora (o princípio da proibição de retrocesso social) ainda não esteja suficientemente difundido entre nós, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional⁵¹

⁴⁹ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: SAFE, 2003. p.197

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 31.

Importa mencionar que o princípio da proibição do retrocesso, ou melhor, sua tendência doutrinária, surge em função das violações ao princípio da confiança oriundo do princípio do Estado de Direito, violações que viciam de inconstitucionalidade os atos reacionários aos direitos já adquiridos.

O princípio em comento é inferência de garantia jurídica aos direitos sociais adquiridos. A proibição do retrocesso delimita o poder Legislativo ao parâmetro dos direitos já adquiridos, não podendo o legislador, sob pena de inconstitucionalidade, reduzir conquistas sociais.

O Ministro Celso de Mello, em votação na STA 175, à respeito da cláusula de proibição do retrocesso, assim alega:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inocorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.⁵²

Evidente a importância e necessidade da aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social quanto ao procedimento demarcatório de terras indígenas, num país onde se luta para atingir níveis básicos de direitos sociais às populações tradicionais. Mantê-los e ampliá-los [os direitos originários] deve ser imperioso para garantir que a Constituição Federal tenha consonância no ordenamento jurídico pátrio.

4.2. Análise de Jurisprudências da Corte Constitucional Brasileira

A análise de Jurisprudências do Supremo Tribunal Federal referentes à questão da demarcação das terras indígenas tem prevalência na identificação dos aspectos constitucionais levados em consideração pelos respectivos relatores, para fundamentar o que veio a ser a decisão da Corte Constitucional Brasileira sobre os temas relacionados ao procedimento de Demarcação de Terras Indígenas.

⁵² STF - **STA: 175 CE**, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 16/06/2009, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 24/06/2003 PUBLIC 25/06/2009

4.2.1. Petição 3388 RR - Caso Raposa Serra do Sol

A Petição 3388/RR trata-se de Ação Popular ajuizada em abril de 2005, proposta pelo senador Augusto Botelho (PT/RR) contra a Portaria 534, editada em 2005 pelo Ministério da Justiça, que demarca a reserva indígena em área contínua, e contra o decreto do presidente Luiz Inácio Lula da Silva que homologou a demarcação, em 15 de abril do mesmo ano.

Para Botelho, a portaria 534 mantém os mesmos vícios da primeira que demarcou a reserva, a de número 820/98, editada no governo Fernando Henrique Cardoso

Embora, a decisão na Ação Popular (PET. 3388/RR) propunha 19 condicionantes com efeito apenas na decisão do caso concreto, analisaremos apenas os pontos referentes aos supostos vícios alegados pela parte autora no procedimento administrativo.

O Excelentíssimo Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, neste caso, afasta o vício alegado no processo administrativo em comento. Eis o trecho da decisão:

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[...]

[...] 3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e

prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nos 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é "ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade" (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente. [...]

(Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, 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 RTJ VOL-00212-01 PP-00049)

Alega o Relator que o procedimento obedece as regras contidas no Decreto 1.775/96, para tanto, cita decisão em Mandado de Segurança (MS 24.045) que as declara constitucionais.

Foi justificado que a parte (os autores) teve oportunidade para se habilitar no procedimento administrativo para que, assim, obtivesse, naquela instância, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No que é pertinente ao procedimento demarcatório, também alega o Relator que não houve vício quanto aos dados e peças de caráter antropológico, pois se amoldam ao disposto no Decreto regulamentar.

Por fim, alega o Relator também de que a homologação, ato da Presidência da República é ato de natureza meramente declaratória, o que nos remonta ao conceito constitucional de terra indígena como direito originário dos povos indígenas brasileiros.

4.2.2. Reclamação 13769 DF – Caso Município de Amarante do Maranhão/MA.

A Reclamação 13769/DF, trata-se de ação proposta pelo Município de Amarante do Maranhão/MA que requer a nulidade das Portarias 677/2008 e 1437/2010 da FUNAI, portarias estas instauradoras do procedimento de estudo, ou melhor, da constituição de grupos técnicos para os estudos necessários para possível revisão/ampliação na delimitação da área da Terra Indígena Governador, localizada no Município de Amarante do Maranhão/MA.

Alega a reclamante que as portarias apresentam o descumprimento do acórdão proferido na Petição 3.388/RR, requerendo, assim, a suspensão liminar do processo administrativo de ampliação da Reserva Indígena Governador até o julgamento final da Reclamação 13769/DF e, no mérito, a sua integral anulação.

Eis o inteiro teor da decisão do Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowsky:

Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, proposta pelo Município de Amarante do Maranhão/MA, em que se alega desrespeito à autoridade do acórdão prolatado pelo Plenário desta Corte no julgamento da Petição 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, por parte de sentença proferida, em 29/2/2012, pelo Juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos do Processo 0016759-73.2011.4.01.3400. A decisão ora impugnada, ao denegar mandado de segurança impetrado pela municipalidade reclamante, afastou a alegação de nulidade das Portarias 677/2008 e 1.437/2010, da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, que haviam determinado a constituição de grupos técnicos para a realização de estudos necessários à verificação de eventual equívoco na delimitação – e, por conseguinte, da necessidade de ampliação – da área da Terra Indígena Governador, demarcada em 1982. O reclamante sustenta, em síntese, que a sentença reclamada, ao admitir o prosseguimento de estudos técnicos que visam à ampliação de reserva indígena já demarcada e homologada mediante o acréscimo de área não ocupada por índios em 1988, teria contrariado a decisão tomada por esta Corte na Petição 3.388/RR, que, na apreciação do caso concreto, reiterou a existência de um marco temporal – 5/10/1988 – para a aferição da ocupação territorial por uma determinada etnia indígena e impôs, como salvaguarda institucional da constitucionalidade daquele procedimento demarcatório, a vedação à ampliação da terra indígena já demarcada. Requer a suspensão liminar do processo administrativo de ampliação da Reserva Indígena Governador até o julgamento final desta Reclamação e, no mérito, a sua integral anulação. É o relatório necessário. Decido. Bem examinados os autos, constato a manifesta inadmissibilidade desta ação reclamationária. Como visto, a reclamação ora em exame aponta o descumprimento do acórdão proferido na Petição 3.388/RR, feito em que o Plenário desta Corte, ao julgar parcialmente procedente pedido formulado em ação popular, declarou, especificamente, a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e de seu respectivo procedimento administrativo-demarcatório, desde que observadas dezenove condições ou salvaguardas institucionais, inseridas na parte dispositiva da decisão com o intuito de conferir, segundo consta expressamente da do julgado, um “maior teor de operacionalidade ao acórdão”. Originalmente trazidas a lume no voto-vista proferido pelo Ministro Menezes Direto, essas condições foram incorporadas ao voto do Relator, Ministro Ayres Britto, conforme exposto no pronunciamento a seguir transcrito: “Senhor Presidente, quero apenas confirmar com ajuste o meu voto, dizendo o seguinte - peço vênias ao Ministro Cezar Peluso para falar de logo -: o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direto, no seu magnífico voto, usou de uma técnica de decidibilidade ou de uma formatação decisória que me pareceu, num primeiro momento, estranha, mas, refletindo melhor, pela importância da causa, eu acho que compreendi perfeitamente a intenção louvabilíssima de Sua Excelência que foi traçar as diretivas para a própria execução desta nossa decisão por parte da União. Então, Sua Excelência transformou fundamentos, transplantou uma parte dos fundamentos para a disposição,

para a parte dispositiva da decisão. E pareceu-me uma técnica interessante, inovadora que, embora inusual do ponto de vista da operacionalização do que estamos aqui a decidir, resulta altamente proveitosa. Não tenho motivos para deixar de aderir a essa proposta de formatação decisória, até porque, se formos percentualizar as coincidências dos nossos votos, beiraremos os cem por cento dos fundamentos, embora com palavras e fontes de pesquisa diferentes. Faço o ajuste, Senhor Presidente, com todo o conforto intelectual” (grifos meus). Observo, portanto, que o acórdão invocado nas razões desta reclamação apreciou, especificamente, o procedimento de demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, não podendo, por isso mesmo, ter sua autoridade afrontada por atos e decisões que digam respeito a qualquer outra área indígena demarcada, como é o caso narrado nos autos. Isso porque não houve no acórdão que se alega descumprido o exposto estabelecimento de enunciado vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, atributo próprio dos procedimentos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, bem como das súmulas vinculantes, do qual não são dotadas, ordinariamente, as ações populares. Não foi por outra razão que o Ministro Ayres Britto, Relator da Pet 3.388/RR, asseverou, ao censurar o cabimento de reclamação análoga a que ora se examina (Rcl 8.070/MS), que ação popular não é meio processual de controle abstrato de normas, nem se iguala a uma súmula vinculante”. Destaco, ainda, que o Ministro Cezar Peluso ressaltou em seu voto na Pet 3.388/RR que aquele julgamento representava “autêntico caso-padrão, ou leading case”, cujos enunciados propostos deixariam claro o pensamento da Corte a respeito do tema enfrentado. Todavia, conforme ressaltado pela Ministra Cármen Lúcia ao negar seguimento à Rcl 4.708/GO, as consequências vinculantes do leading case, próprias do sistema do Common Law, não se aplicam, a priori, ao nosso sistema jurídico, uma vez que “o papel de fonte do direito que o precedente tem, naquele, não é desempenhado pelo precedente no direito brasileiro, salvo nos casos constitucional ou legalmente previstos, como se dá com as ações constitucionais para o controle abstrato”. Concluiu, então, a Ministra Cármen Lúcia ressaltando que “o precedente serve, no sistema brasileiro, apenas como elemento judicial orientador, inicialmente, para a solução dos casos postos a exame. É ponto de partida, não é ponto de chegada”. Por fim, recorro que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo ou substitutivo de recurso, ajuizada diretamente no órgão máximo do Poder Judiciário. Veja-se que contra a sentença judicial ora contestada o reclamante já interpôs, regularmente, recurso de apelação, que será oportunamente apreciado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Isso posto, nego seguimento a esta reclamação (RISTF, art. 21, § 1º), ficando prejudicado, por conseguinte, o exame do pedido de liminar. Arquivem-se os autos. Publique-se. Brasília, 23 de maio de 2012. Ministro Ricardo Lewandowski Relator.

(STF - Rcl: 13769 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 23/05/2012, Data de Publicação: DJe-103 DIVULG 25/05/2012 PUBLIC 28/05/2012)

Passamos a analisar a jurisprudência em decisão do Supremo Tribunal Federal pronunciada pelo Ministro Ricardo Lewandowsky, datada do dia 23 de maio do ano de 2012:

Considera o Excelentíssimo Ministro que a Reclamação proposta pelo Município de Amarante do Maranhão/MA apresenta inadmissibilidade manifesta com

a argumentação de que, como o Município de Amarante do Maranhão/MA apontou que houve descumprimento do acórdão proferido na PET 3.388/RR:

1. Do requerimento contido na Reclamação, em que se utiliza o exemplo específico da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, por tal invocação (alegação de descumprimento o expresse estabelecimento de enunciado vinculante) e pela natureza da ação – Ação Popular – pois que não seria a Ação Popular procedimento de controle abstrato de constitucionalidade das normas e das súmulas vinculantes. Para tanto, o Excelentíssimo Ministro cita decisão do Ministro Ayres Britto (Rcl 8.070/MS) em que afasta admissibilidade da ação, asseverando que “ação popular não é meio processual de controle abstrato de normas, nem se iguala a uma súmula vinculante”

2. Alega também o Excelentíssimo Ministro, citando decisão proferida pela Ministra Carmem Lúcia (Rcl 4.708/GO) em que nega seu seguimento, que o sistema jurídico brasileiro difere-se do sistema jurídico do direito consuetudinário (Common Law), pois que não se admite vinculação automática de uma decisão jurídica que, inclusive, não se quedou como súmula vinculante, como foi o caso do acórdão advindo da PET 3.388/RR no caso Raposa Serra do Sol.

3. Por fim, recorda o Excelentíssimo Ministro, que a Reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo ou substitutivo de recurso, ajuizado **diretamente** (grifo nosso) no Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, indicando o Tribunal competente para ajuizar ações desta natureza.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito deste trabalho foi analisar o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas à luz da Constituição Federal de 1988 (atual Carta Magna), e destrinchar, sob o aspecto constitucional, a base jurídica que fundamenta as normas regulamentadoras do procedimento de demarcação de terras indígenas no Brasil, bem como o entendimento jurisprudencial da Corte Constitucional à respeito do tema em casos concretos.

Como bem observamos no desenvolvimento do presente trabalho, desde os primeiros passos constitucionais na história de nosso País, ainda quando da invasão

Portuguesa, mais precisamente dentro do período colonialista que seguia, pela própria evolução legislativa é possível identificar a resistência dos povos tradicionais indígenas brasileiros na luta por direitos, sobretudo pelo direito originário à posse de suas terras.

Buscou-se inicialmente observar as constituições anteriores no que diz respeito ao tratamento dado especificamente de cada uma no tocante aos conceitos de Terra Indígena, etc., desde o Período Colonial, bem como acompanhar a evolução histórica do ordenamento jurídico pátrio atinente ao direito de posse das terras ocupadas por populações indígenas brasileiras até a vigente norma constitucional.

Os conceitos relacionados à Terra Indígena e a noção dos Direitos Originários dos Povos Indígenas brasileiros, como alhures comentamos, sofreram um processo de evolução histórica ocasionando certa solidificação dos direitos, sobretudo, no tocante ao Direito à Terra, que resta de vital importância para a proteção, conservação e perpetuação da cultura indígena e dos demais fatores identitários, também de sua própria sobrevivência.

Percebeu-se o caráter civilizatório (de aculturação), assimilacionista das constituições anteriores ante à atual Constituição Federal, com uma intenção integracionista dos povos indígenas à cultura do não-índio, que era tida como cultura nacional, ou seja, é possível observar o desrespeito e a violência estatal contra as populações indígenas brasileiras, sua cultura e sua história, muito embora aparentemente houvesse uma constante evolução legislativa positiva.

Passou-se a analisar os conceitos constitucionais (CF88) no que diz respeito à terras indígenas, direito originário, etc., bem como a esmiuçar nuances na doutrina existente no direito brasileiro, não obstante haja extensa referência doutrinária internacional, bem como legislação alienígena (que não foi objeto de estudo no presente trabalho) respeitada e acolhida dentro do sistema jurídico brasileiro.

O advento da concepção relacionada ao Direito Originário dos Povos Indígenas no tocante à posse de suas terras, ganha força e uma formatação mais autônoma e voltada à defesa dos direitos humanos com a promulgação de nossa atual Constituição Federal.

Compreendemos que as Terras Indígenas são bem da União (natureza jurídica como sendo bem público inalienável e indisponível, de uso especial, sobre as quais são imprescritíveis os direitos sobre elas), assim como à União compete o procedimento administrativo demarcatório das terras indígenas, sob a

responsabilidade do órgão competente (FUNAI) com a participação efetiva do Ministério da Justiça e da Presidência da República.

Constatou-se que o direito originário à posse de terras indígenas diferencia-se do direito civil possessório, pois que é tratado como direito fundamental e não como o mero tradicional usufruto de um bem. Nesse sentido, também se constatou que a proteção das terras indígenas, por meio do procedimento demarcatório, embasado conceitualmente em nossa Constituição Federal, tem natureza meramente declaratória, pois que o direito é preexistente ao ordenamento jurídico pátrio.

O direito à posse de terra para as populações indígenas em nosso país representa muito mais que apenas o direito civil possessório em nosso ordenamento jurídico, pois que representa a continuidade da existência de seu espaço, sua gente, sua língua e sua identidade. Representa também a sobrevivência de sua história.

Tratou-se também do procedimento de demarcação de terras indígenas, iniciado através de Portaria por órgão responsável (FUNAI), perpassando por cada fase do procedimento, desde a fase do Estudo Atropológico à Interdição da Área Indígena em proteção também realizada pela FUNAI.

Analizou-se os princípios constitucionais relacionados ao procedimento demarcatório e viu-se que pelo menos três importantes princípios atrelam-se à ele, quais sejam: o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social e o Princípio da Função Social da Terra. É de se mencionar que as populações indígenas, não apenas pelo direito fundamental à posse e usufruto de suas terras, gozam também, obviamente, de todo o rol dos direitos sociais contidos em nossa Constituição Federal. O que é de se entender é que, para os povos tradicionais, a proteção de suas terras é imprescindível para o gozo de tais direitos.

Não obstante todos os entretens que surgem a partir do texto constitucional inerente ao Direito dos Povos Tradicionais às suas terras, importante ferramenta jurídica e fundamental mecanismo de proteção às terras indígenas (e do fator humano, histórico, étnico e cultural que carrega) é o procedimento demarcatório - regulamentado através do Decreto 1775/1996 - que dá sentido ao conceito constitucional de Terras Indígenas e freia o processo predatório do acultramento e da destruição do *habitat* das populações tradicionais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas do Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.

BRASIL (Constituição, 1824). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 01/02/2018

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 01/02/2018

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 06/02/2018

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 07/02/2018

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 15/02/2018

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25/03/2018

_____. **Decreto 1.318 de 30 de janeiro de 1854**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim1318.htm>. Acesso em 21/01/2018

_____. **Lei das Terras.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em 21/01/2018

_____. **Reforma à Constituição do Império de 1834.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-16-12-agosto-1834-532609-publicacaooriginal-14881-pl.html>>. Acessado em: 28.03.2018

BRUNO LOBO, Luiz Felipe. **Direito indigenista brasileiro.** São Paulo: LTR, 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAETANO, Marcelo. **História do Direito Português (séculos XII a XVI) seguida de subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal no século XVI.** Textos introdutórios e notas de Nuno Espinosa Gomes da Silva. Lisboa: Editora Verbo, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2003.

FREITA JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como Direito Constitucional Fundamental.** 2010.247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra.** Porto Alegre: SAFE, 2003.

_____. **Capítulo VIII – Dos Índios.** In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**, Série IDP, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. **O processo de demarcação de terras indígenas: o poder público federal deve aplicar o artigo 231 da Constituição.** In: **TERRAS indígenas no Brasil.** São Paulo: CEDI/PETI, 1990.

MARQUES, Júlia Ribeiro. **A Constituição Federal e o Direito dos Povos Indígenas à Terra: Uma análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.** Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/julia_marques.pdf. Acesso em: 15 de jun. de 2018, p. 06.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos.** Edição Fac-Simile. São Paulo: Typ; Hennies Irmãos, 1992.

MARTINS, EBC. **Educação e serviço social: elo para a construção da cidadania [online].** São Paulo: Editora UNESP. 2012.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil.** Brasília: SECAD/MEC; UNESCO; LACED/UFRJ, 2006.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno.** [S. L.]:Companhia das letras, 2000.

SANTILI, Márcio. **Os brasileiros e os índios.** São Paulo: Senac,2000.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, 8ª ed., atual., até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011, São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional positivo** . 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Lásaro Moreira da. **O reconhecimento dos Direitos Originários dos Índios sobre suas Terras Tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a Extensão do Conceito de Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas**. Revista Jurídica Unigran, Dourados/MS, v. 6, n. 11, jan./jul. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Pet: 3388 RR**, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, 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 RTJ VOL-00212-01 PP-00049

_____. **Rcl: 13769 DF**, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 23/05/2012, Data de Publicação: DJe-103 DIVULG 25/05/2012 PUBLIC 28/05/2012

_____. **Rcl: 2833 RR**, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 14/04/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 05-08-2005 PP-00007 EMENT VOL-02199-01 PP-00117 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 262-275 RTJ VOL-00195-01 PP-00024

_____. **STA: 175 CE**, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 16/06/2009, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 24/06/2003 PUBLIC 25/06/2009

VILLARES, Luiz Fernando, **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. ***Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo.*** In: BITTAR, Eduardo. ***História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional.*** São Paulo: Atlas. 2003.

VOLPATU CURI, Melissa. **Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal.** Consilium - Revista Eletrônica de Direito, Brasília n.4, v.1 maio/ago. de 2010