



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
CURSO DE DIREITO**

**CÍCERO LEANDRO ANDRIOLA**

**A EVOLUÇÃO DO DIREITO INDÍGENA E A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS QUE  
TRADICIONALMENTE OCUPAM**

**CAMPINA GRANDE-PB  
2016**

**CÍCERO LEANDRO ANDRIOLA**

**A EVOLUÇÃO DO DIREITO INDÍGENA E A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS QUE  
TRADICIONALMENTE OCUPAM**

Artigo apresentado à coordenação do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, em cumprimento às exigências para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Ambiental

Orientador: Profa. Me. Elis Formiga

**CAMPINA GRANDE-PB  
2016**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

A573e Andriola, Cícero Leandro.

A evolução do direito indígena e a demarcação das terras que tradicionalmente ocupam [manuscrito] / Cicero Leandro Andriola.  
- 2016.

38 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,  
2016.

"Orientação: Profa. Me. Elis Formiga Lucena, Departamento  
de Centro de Ciência Jurídica".

1. Direito Indígena. 2. Demarcação territorial. 3. Direito  
Originário. 4. Posse. I. Título.

21. ed. CDD 342.087

CÍCERO LEANDRO ANDRIOLA

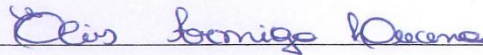
A EVOLUÇÃO DO DIREITO INDÍGENA E A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS QUE  
TRADICIONALMENTE OCUPAM

Artigo apresentado ao Programa de Graduação  
em Direito da Universidade Estadual da  
Paraíba, como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

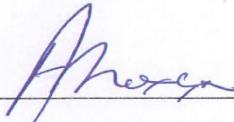
Área de concentração: Direito Ambiental.

Aprovada em: 26/10/2016.

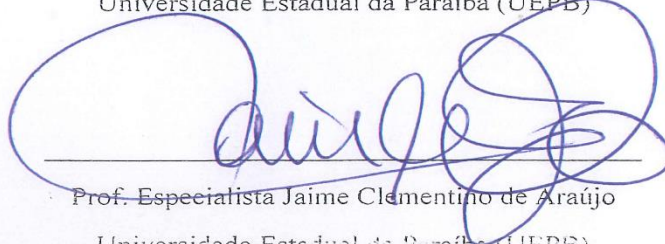
BANCA EXAMINADORA



Prof.<sup>a</sup> Mestre Elis Formiga Lucena (Orientadora)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Mestre Amilton de França  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Especialista Jaime Clementino de Araújo  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente quero agradecer a Deus, fonte de toda inspiração, que ilumina o meu caminho, nessa longa caminhada chamada vida.

A professora Elis Formiga Lucena, orientadora deste trabalho, pela cordialidade e profissionalismo;

Aos professores que se disponibilizaram a participar da banca de avaliação do presente Trabalho de Conclusão de Curso;

Aos colegas que trilharam comigo essa caminhada, em especial ao amigo, João Eudivan, pelo companheirismo e solidariedade;

Aos meu pais, pela educação e valores repassados. A minha mãe (*in memoriam*), que abdicou de seus sonhos e objetivos, para que eu pudesse trilhar o meu. O seu esforço e a sua dedicação, mãe, foram imprescindíveis para que eu pudesse concluir mais essa etapa da vida, obrigado;

Ao meu irmão (*in memoriam*) por toda ajuda nessa longa caminhada chamada vida.

Aos meus filhos, *Sarah, José e Layla* e a minha esposa, Mariana, pelo suporte e apoio tão essencial nessa jornada;

*Vivit et vivet  
Alis volat propriis*

“Nossas terras são invadidas, nossas terras são tomadas, os nossos territórios são invadidos... Dizem que o Brasil foi descoberto; o Brasil não foi descoberto não, Santo Padre. O Brasil foi invadido e tomado dos indígenas do Brasil. Essa é a verdadeira história que realmente precisa ser contada.”

*Marçal Tupã, líder Guarani-Nhandeva, no discurso feito ao Papa João Paulo II, por ocasião de sua visita ao Brasil, em 1980.*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>07</b>
<b>2 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS.....</b>	<b>08</b>
<b>2.1 TEORIAS QUE PERMEIAM O DIREITO INDÍGENA.....</b>	<b>09</b>
2.2 TEORIA DA OCUPAÇÃO OU DA CONQUISTA.....	10
2.3 TEORIA DO DIREITO CONGÊNITO OU INDIGENATO.....	12
2.4 TEORIA DO INDIGENATO VERSUS TEORIA DO FATO INDÍGENA.....	14
<b>3 A EVOLUÇÃO DO DIREITO INDÍGENA: DO PERÍODO COLONIAL AO REPUBLICANO.....</b>	<b>15</b>
<b>4 DIREITO INDÍGENA: DA CONSTITUIÇÃO DE 1934 A 1988.....</b>	<b>21</b>
4.1 A CARTA MAGNA DE 1988.....	24
<b>5 PROCESSO DEMARCATÓRIO DAS TERRAS INDÍGENAS.....</b>	<b>27</b>
5.1 PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº. 215.....	29
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>31</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>32</b>

## A EVOLUÇÃO DO DIREITO INDÍGENA E A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM

Cícero Leandro Andriola<sup>1</sup>

### RESUMO

Do período Colonial até a atual Carta Magna a Comunidade Indígena luta pelo direito as terras que tradicionalmente ocupam. No período Republicano o insipiente direito indígena ganhou forma, através de diversos órgãos como o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), entretanto, as normas relativas às terras indígenas só foram encontrar guarida constitucional a partir da constituição de 1934. Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo analisar de forma sintetizada os diversos dispositivos jurídicos que trataram desde o Período Colonial até a atual constituinte do direito que as comunidades indígenas têm sobre os territórios que tradicionalmente ocupam. A metodologia utilizada para a elaboração do presente artigo foi a pesquisa bibliográfica, bem como a análise de diversas obras e artigos científicos relacionados ao tema: Direito Indígena, destacando-se os portais de pesquisas de periódicos da *Capes* e o portal de pesquisa de leis *Ius Lusitanea*.

**Palavras-chaves:** Terra indígena. Demarcação. Direito originário. Posse.

### 1 INTRODUÇÃO

Conforme preconiza a nossa Carta Magna, em seu artigo 231, são de domínio da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, cabendo a estes o seu usufruto. Foram necessários quase 500 anos de desenvolvimento para que a proteção do território indígena pudesse alcançar um patamar de proteção constitucional, como o apresentado em nossa atual Constituição.

De acordo com o disposto em nossa Constituição, os índios são os primeiros e naturais donos da terra. Dessa forma, o direito de habitar e usufruir de suas terras nasceram antes de qualquer outro direito reconhecido posteriormente. No entanto, é indispensável para proteger e fazer respeitar os bens nelas existentes o processo demarcatório, haja vista ser esse instrumento essencial para a produção dos efeitos fáticos e jurídicos.

Insta observar que o legislador constituinte, no intuito de amenizar as desvantagens históricas, determinou como competência da União a demarcação das terras indígenas,

---

<sup>1</sup> Graduado em Física e graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba em 2009. E-mail: leandro\_andriola@yahoo.com.br.  
Orientando da. Profa. Me. Elis Formiga Lucena



conferindo também a este espaço fundiário características tais como: a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a indisponibilidade, garantindo, assim, proteção aos direitos indígenas, tanto físicas quanto cultural, em razão da íntima ligação entre o índio e a terra.

Entretanto, no ano 2000, o deputado federal Almir Moraes de Sá, do Partido da República (PR-RR), apresentou uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que recebeu o número 215, passando a ser denominada de PEC 215. Através dessa Proposta de Emenda Parlamentar, o referido deputado propõe que as demarcações de terras indígenas, a titulação dos territórios quilombolas e a criação de unidades de conservação ambiental passem a ser uma responsabilidade do Congresso Nacional, ou seja, a atribuição que hoje competente ao Poder Executivo seria transferida ao Poder Legislativo.

Este artigo tem como objetivo geral descrever de forma sintetizada os principais dispositivos de proteção do Direito Indígena ao longo do tempo, mais especificamente os aspectos de interligação históricos e jurídicos relevantes para a concretude do direito indígena em nossa atual Carta Magna, com especial atenção às questões que abordam o processo demarcatório das suas terras.

Assim, para entender as questões jurídicas que envolvem os processos demarcatórios das terras indígenas, é mister a compreensão dos regramentos normativos disciplinados na Constituição Federal de 1988 e, mais especificamente, no Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/73. Tais tipificações jurídicas conferem ao povo indígena, entre outros direitos, o usufruto exclusivo dos recursos naturais existentes nas terras por ele ocupadas.

A metodologia utilizada para a elaboração do presente artigo foi a pesquisa bibliográfica, com a análise de diversas obras e artigos científicos relacionados ao tema Direito Indígena, destacando-se os portais de pesquisas de periódicos da *Capes*<sup>2</sup> e o portal de pesquisas de leis *Ius Lusitanea*<sup>3</sup>.

## 2 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS

É pertinente observarmos que há uma certa complexidade ao se analisar o Direito Indígena, pois, mesmo um ponto particular, como a questão demarcatória de seu território, abrange aspectos que transcendem a barreira jurídica e adentram em campos históricos, antropológicos e sociais.

---

<sup>2</sup> <<http://www.periodicos.capes.gov.br/>>.

<sup>3</sup> <<http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/>>.

A História dos Povos Indígenas no Brasil é marcada pela luta, pela defesa da terra diante do colonizador. O português subjugava a cultura indígena; o índio era visto como um ser inferior que deveria ser “salvo” da escuridão.

As diferentes fontes bibliográficas estudadas abordam que, em meados do século XVI, a Coroa Portuguesa sentia-se pressionada pelos colonizadores, que tinham sede de expandir o território explorado, no entanto, por conta da repercussão da sua imagem no exterior, devido ao extermínio dos nativos, que resistiam bravamente contra a expansão dos colonizadores no interior da colônia e, sobretudo, pela Igreja, fonte de poder religioso e político, que objetivava a catequização do povo indígena.

Eu, El-Rei, recomendo aos Padres Jesuítas que penetrem tanto quanto possível nos sertões e façam neles igrejas para cultivar os índios na fé e para que vivam com a decência cristã e deixem seus bárbaros costumes<sup>4</sup>.

Não se pode esperar nem conseguir nada em toda esta terra na conversão dos gentios, sem virem para cá muitos cristãos, que conformando-se a si e a suas vidas com a vontade de Deus, sujeitem os índios ao jugo da escravidão e os obriguem a acolher-se à bandeira de Cristo<sup>5</sup>.

Assim, no intuito de agradar tanto os colonizadores quanto a Igreja e, conseqüentemente, melhorar a sua imagem no exterior, a Coroa Portuguesa criou mecanismos que, embora protegessem o povo indígena, colocava-o à mercê dos colonizadores, pois possibilitavam a escravidão, a prisão e a morte caso os índios resistissem aos interesses dos exploradores.

Dessa fonte de exploração, luta, sangue e domesticação, surge o que um dia estará disciplinado no artigo 231, caput, da nossa Carta Magna: “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” (BRASIL, 1988, art. 231).

## 2.1 TEORIAS QUE PERMEIAM O DIREITO INDÍGENA

Dos debates travados tanto na doutrina quanto na jurisprudência, destacam-se duas correntes importante no que diz respeito ao Direito Indígena.

---

<sup>4</sup> Provisão Régia de 1680 (apud QUEIROZ, 2013, *on-line*).

<sup>5</sup> MONTEIRO, John Manuel. **Negros da terra: índios e bandeirantes nas origens de São Paulo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. E também *Os Índios da Aldeia dos Anjos – Gravataí – século XVIII*. EST – AHRs.

A primeira, fundamentada na Teoria da Ocupação, rege-se sob a premissa de que, na época do descobrimento, todas as terras do Brasil passaram a pertencer à Coroa Portuguesa, sendo cabível apenas às autoridades reais dispor sobre elas.

A segunda, Teoria do Indigenato, está alicerçada sob o argumento de que, em eventual conflito entre o índio e o não índio, aquele teria o seu direito reconhecido, pois possui o direito originário as terras que tradicionalmente ocupam.

## 2.2 TEORIA DA OCUPAÇÃO OU DA CONQUISTA

A teoria da ocupação é mais um dos pilares teóricos que tentam esclarecer a natureza do direito de propriedade. Harada resume essa teoria da seguinte forma:

É a mais antiga, e sustenta que a ocupação seria o fundamento do direito de propriedade. Entretanto, sendo a ocupação apenas um modo de adquirir a propriedade, obviamente não basta para justificar o direito de propriedade; aquisição de direito pressupõe logicamente a preexistência desse direito capaz de ser adquirido. A própria realidade na esfera internacional desmente a teoria. Ninguém ignora o fenômeno da expulsão e aniquilamento do povo indígena, primitivo ocupante da terra (HARADA, 2007, p. 03 apud GUIMARÃES; CARBONI, 2011, *on-line*)<sup>6</sup>.

O direito de propriedade na época era fundamentado nessa ocupação primitiva da coisa pelo homem, quando está, na realidade, ainda era *res nullius*, coisa de ninguém. Não havia a existência de um domínio propriamente dito sobre o bem, apenas uma ocupação e posse, revestida pelo poder, as quais eram transmitidas através de sucessões que só alterariam a titularidade.

Para Kant (apud BOBBIO, 1992, p. 95), esta posição era intermediária, pois a aquisição da propriedade em um estado de natureza é transitória, somente se tornando definitiva após o surgimento do Estado.

A aquisição de um objeto que se encontra fora do arbítrio, pôr meio de um ato individual da vontade, é a ocupação. A aquisição originária, portanto, deste objeto, e, conseqüentemente também de um determinado solo só pode acontecer pôr meio da ocupação (*occupatio*) (BOBBIO, 1992, p.170).

Esta posição é reforçada por Sílvio de Salvo Venosa, na seguinte passagem de sua obra: “A teoria da ocupação poderia justificar a propriedade primitiva, antes do ordenamento

---

<sup>6</sup> GUIMARÃES, Cristiane Lira; CARBONI, Matheus. A indenização na desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária e a possibilidade de fixação de juros compensatórios. **Revista Jus Navigandi**, jun. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19281/a-indenizacao-na-desapropriacao-de-imovel-rural-para-fins-de-reforma-agraria-e-a-possibilidade-de-fixacao-de-juros-compensatorios>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

do Estado. Com o advento do Estado, é este quem determina e organiza a propriedade. Unicamente, o Direito protege os direitos subjetivos” (VENOSA, 2012, p. 167).

Ainda no campo da temática indigenista, expõe Antonino Moura Borges<sup>7</sup> que tal teoria alimentou o apetite europeu nas conquistas das novas terras e, por isso, recebeu a denominação de Teoria da Ocupação, também conhecida pela expressão latina *ut possidetis*<sup>8</sup>.

Sob o manto dessa teoria, o Brasil foi paulatinamente ocupado e colonizado, tendo como principal figura nesse processo exploratório os Bandeirantes. Estes regerem com sangue indígena a extrapolação dos limites estabelecidos no Tratado de Tordesilhas, transformando o Brasil em um país de proporções continentais.

O bandeirante foi fruto social de uma região marginalizada, de escassos recursos materiais e de vida econômica restrita, e suas ações se orientaram ou no sentido de tirar o máximo proveito das brechas que a economia colonial eventualmente oferecia para a efetivação de lucros rápidos e passageiros em conjunturas favoráveis - como no caso da caça do índio (DAVIDOFF, 1984, p. 29).

Diante disso, além de expropriados de suas terras pela Coroa Portuguesa, o povo indígena passou da condição de livre para o estado de subjugado de fato e de direito pelo não índio.

Algumas outras teorias também serviram de força motriz para a usurpação dos territórios indígenas, tais como:

- A Lei do Progresso, que parte da premissa de que o homem é um ser dinâmico dotado de inteligência e que veio ao mundo para evoluir. Assim, sendo os índios pessoas humanas, também sofrem os efeitos da Lei do Progresso, evoluindo no jeito de ser, na cultura e na integração social;
- Lei da Transformação, fonte da Lei do Progresso. Para esta lei natural, tudo está em constante transformação. Assim, seria equivocado pensar que a situação do Brasil Colônia, Brasil Império e, sobretudo, o Brasil República permaneceriam inertes diante das leis do progresso e da transformação, mesmo que ostentasse uma proteção à origem indígena.

O fato é que a Teoria da Ocupação justificou o direito às novas terras à Coroa Portuguesa, no entanto, por volta do século XIV foi inevitável o confronto de tal teoria com a então emergente, Doutrina Jusnaturalista, que embora tenha iniciado na Europa não tardou a desaguar nas terras tupiniquins.

<sup>7</sup> BORGES, Antonino Moura. **Terras Indígenas e seus conflitos atuais**. 1. ed. São Paulo: Comtemplar, 2014.

<sup>8</sup> Princípio de direito internacional segundo o qual os que de fato ocupam um território possuem direito sobre ele.

Para os defensores dessa doutrina existiam certos direitos, Direitos Naturais, os quais eram denominados pelos gregos de Direitos Divinos e Humanos, e consistiam no fato de que há certos direitos que são inerentes à condição de ser homem, tais como: a vida, a liberdade, a propriedade, a educação e a segurança, por isso, antecedem qualquer positividade do direito de cada sociedade.

Assim, surgiram estudiosos, pesquisadores e defensores do Direito Natural, uns voltados aos aspectos ontológicos, enfatizando o direito como realidade divina, como Tomás de Aquino.

Para Tomás de Aquino, todo o direito humano, traduzido em leis realmente justas, é derivado da lei natural. As leis eternas, incluídas, para os homens, numa ordem cósmica metafísica, devem ser expostas e desenvolvidas para conduzirem o homem a realizar a sua verdadeira essência e a nobreza da vida (HIRSCHBERGER, 1966, p. 204).

Outros eram defensores da visão deontológica, pois, embora o direito natural tivesse como alvo a bondade, este deveria estar ligado diretamente à ética. Nas palavras do mestre Paulo Nader: “O direito Positivo, quando se afasta do Direito Natural, cria leis injustas”<sup>9</sup> (NADER apud LEIROZA, s.d. p. 02).

Independentemente das particularidades, o movimento jusnaturalista fez surgir nos governantes a necessidade do reconhecimento de alguns direitos. Em particular, Dom João VI, El Rei de Portugal, reconheceu que os silvícolas tinham direitos aos locais que efetiva e tradicionalmente ocupavam (suas fazendas ou aldeias), espaço necessário para que a comunidade pudesse sobreviver e evoluir segundo as suas necessidades, tradições, culturas e costumes.

### 2.3 TEORIA DO DIREITO CONGÊNITO OU INDIGENATO

Tendo como escopo o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 e a lei Pombalina de 6 de julho de 1755, João Mendes Junior, no início do século XX, formulou a Teoria Brasileira do Indigenato, segundo a qual o direito à terra no Brasil pelo indígena é reconhecido como um direito especial, autônomo e independente, divergente do direito de posse e de propriedade

---

<sup>9</sup> LEIROZA, Wandergel. **O jusnaturalismo e o direito natural**. Disponível em: <<http://repositorio.gdr.adv.br/upload/artigo/0304121133O%20JUSNATURALISMO%20e%20O%20DIREITO%20NATURA1.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

previstos pelo Código Civil. Alguns tribunais já proferiram sentenças com base nesse entendimento.

O indigenato foi sempre considerado direito congênito e, portanto, legítimo por si, não se confundindo com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é fonte primária e congênita da posse territorial, enquanto que a ocupação é título adquirido. [...] A posse e a propriedade geram direitos para particulares. O indigenato é insuscetível de gerar direitos para os particulares (BARBOSA, M.A., 2007, p. 05).

Ao contrário da ocupação, o indigenato é legítimo em si mesmo. Nas palavras de José Afonso da Silva (1984, p. 04), “é fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é um direito adquirido”. Com propriedade, João Mendes Júnior (1912, p. 58-60) estabelece a diferença entre propriedade e ocupação:

O indígena, primariamente estabelecido, tem a sedum positio, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurisconsulto Paulo (Dig., titul. de acq. vel. amitt. possess., L. 1), a que se refere Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas o indígena, além desse jus possessionis, tem o jus possidendi, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de Abril de 1680, como direito congênito. Ao indigenato, é que melhor se aplica o texto do jurisconsulto Paulo: guia naturaliter tenetur ab eo qui insistit. Só estão sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder de ocupante (art.3o. da Lei de 18 de setembro de 1850); ora a ocupação como título de aquisição, só pode ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A ocupação é uma apprehensio rei nullis ou rei derelictae (configuram-se os civilistas, com referencia ao Dig., tit. de acq rerum domin., L.3 e tit. de acq. vel. amitti poss., L.1); ora, as terras de índios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como res nullis, nem como res derelictae', por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido por simples ocupação, aquilo que lhes é congênito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há mais simples posse, há um título immediato de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, ha domínio a reconhecer e direito originário preliminarmente reservado (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 82).

Dos ensinamentos do mencionado autor, abstrai-se que, enquanto a Teoria do Indigenato justifica a posse indígena através de um direito congênito e primário, a Teoria da Ocupação é vista apenas como um mecanismo justificador de uma aquisição derivada da propriedade.

Assim, enquanto o indigenato tem origem luso-brasileira, a ocupação, a posse e a propriedade nascem de instituições do direito romano, como salienta José Afonso da Silva (2004, p. 836):

[...] a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil. Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é e nunca foi

uma simples ocupação de terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exame, porque nele se consagra a ideia de permanência, essencial a relação do índio com as terras que habita.

Observamos também que, diversamente da posse civil que se estabelece por uma relação econômica, o indigenato tem seu assentamento na relação antropológica que os índios estabelecem com a terra, seu habitat. E alimenta a ideia de justiça ao tentar atribuir ao povo indígena aquilo que é seu desde tempos remotos. Contudo, ao contrário da Teoria da Ocupação, o indigenato rompe as barreiras do direito natural, uma vez que está positivado tanto no Alvará Régio de 1680 quanto na atual Carta Magna.

#### 2.4 TEORIA DO INDIGENATO VERSUS TEORIA DO FATO INDÍGENA

Sob a ótica da jurisprudência, há uma outra teoria justificadora das terras indígenas: a Teoria do Fato Indígena.

Tal teoria foi ventilada a partir do julgamento pelo STF da ação popular referente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR), o Voto-Vista do Ministro Menezes Direito – cujo posicionamento integrou o dispositivo da decisão proferida pelo Relator do Processo.

Sugeri o abandono da teoria do indigenato e o acolhimento da teoria do fato indígena, segundo a qual na configuração das terras como indígenas, é essencial aferir se a ocupação das terras pelos índios possui as características de persistência e constância, na data da promulgação do permissivo constitucional de 05 de maio de 1988<sup>10</sup> (BALTAR, 2014, *on-line*).

Este entendimento é contrário à então Teoria do Indigenato de João Mendes Júnior, que se relaciona com a posse imemorial e não se confunde com a ocupação, constituindo, assim, em fonte primária e congênita da posse territorial, legítima por si mesma. Ideia também aclamada por Tércio Sampaio, que discorre em sua obra: “os direitos dos índios às terras ocupadas são originários e não adquiridos, na medida em que não ocorre uma incorporação ao seu patrimônio” (FERRAZ JUNIOR, 2004, p. 692).

---

<sup>10</sup> BALTAR, Petrov. Terras indígenas: efetiva ocupação e o marco temporal do STF. **Ebeji Conhecimento Jurídico**, Belém, PA: 22 dez. 2014. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/terras-indigenas-efetiva-ocupacao-e-o-marco-temporal-do-stf/>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

A fixação de uma data para o início da consagração de tal direito, como afirma Menezes Direito, prestigiaria a maior segurança jurídica presente na atual Carta Política, esquivando-se das intempéries de uma investigação imemorial da ocupação.

O fato é que o voto de Menezes Direito apresenta um novo entendimento jurídico sobre as demarcações do território indígena. Como bem citou o ministro Carlos Britto, “Menezes Direito criou uma espécie de diretriz sumular, que deve ser seguida pela União quando analisar o caso das 227 terras indígenas que ainda estão à espera de definição”<sup>11</sup>.

### **3 A EVOLUÇÃO DO DIREITO INDÍGENA: DO PERÍODO COLONIAL AO REPUBLICANO**

Na fase colonial, o Brasil não enumerava suas leis, pois não existia uma soberania política e sim, uma dependência ao julgo da Coroa Portuguesa, por força do Tratado de Tordesilhas e outros corolários. Os regramentos que esculpam o insipiente direito indígena eram:

- As Cartas Régias documento diplomático, uma ordem do Rei ou rainha ou Príncipe regente dirigida a uma determinada autoridade ou pessoa. Através desse instrumento a autoridade poderia nomear súditos para cargos ou conceder privilégios;
- Alvarás eram diplomas que os reis utilizavam para confirmar normas, de início a sua vigência era de um ano, no entanto, perpetuavam-se por cláusula em contrário, no Brasil, durante a colonização, confundiu-se com a própria lei;
- Provisões eram documentos de correspondência que estavam relacionados com atos anteriores. A Provisão Régia é um ordem na qual o Rei concede algum benefício ou algum cargo a alguém. Alguns Tribunais da época usavam essa denominação para o despacho do seu expediente;
- Decretos eram ordens reais assinadas com as devidas rúbricas, espécies de diplomas que o Rei utilizava para fazer valer suas ordens destinadas a algum tribunal ou ministro para executá-las (BARBOSA; ACIOLI; ASSIS, 2006, p. 110).

O alvará de 30 de julho de 1609, embora não reconhecesse o direito territorial indígena, pois naquela época não havia uma preocupação com a dinâmica territorial deste povo, já o declarava como senhorio de suas terras:

e assim se registrará nos Livros da Relação do Brazil, e em todos os das Provedorias, e Capitánias daquelle Estado; e se enviará ao Sertão, e terras, aonde os ditos gentios moram, para vir á noticia de todos, e como os hei, e declaro a todos por

---

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388 RR-Roraima. Tribunal Pleno. D. J. 21/03/2013. Acórdão p. 237.



livre, e senhores de suas fazendas, para com mais facilidade poderem commerciar nas ditas Capitánias<sup>12</sup> (QUEIROZ, 2013, *on-line*).

Tal dispositivo reconheceu os índios como pessoas livres da escravidão dos colonizadores que ocupavam o país. Devido a sua formação religiosa e também sobre a influência dos jusnaturalistas europeus D. João VI, cuidou de respeitar a liberdade do povo indígena, alguns autores como Antonino Moura Borges, defendem que, do Alvará de 30 de julho de 1609, emergiram os primeiros resquícios de respeito aos direitos humanos no que se refere às comunidade indígenas.

Eu EL-REI Faço saber aos que esta Lei virem, que, sendo o Senhor Rei Dom Sebastião, meu Primo, que Deus tem, informado dos modos illicitos com que nas partes do Brazil se captivavam os gentios, e dos grandes inconvenientes que disso resultavam, defendeu por uma Lei, que fez em Evora a 20 de março de 1570, os ditos modos illicitos, e mandou que, por modo, nem maneira alguma, os podessem captivar, salvo aquelles, que fossem tomados em justa guerra, que se fizesse com sua licença, ou do Governador das ditas partes; e os que salteassem os portuguezes e a outros gentios, para os comerem; - com declaração, que as pessoas, que pelas ditas maneiras os captivassem, dentro de dous mezes primeiros seguintes, os fizessem escrever nos livros das Prevedorias das ditas partes, para se poder saber quaes eram os que licitamente foram captivos; e não os fazendo escrever dentro no tempo dos ditos dous mezes, perdessem a acção de os terem por captivos, e os gentios ficassem livres, e todos os mais, que por qualquer modo se captivassem (MARCHINI, s.d. *on-line*)<sup>13</sup>.

A Carta Régia de 10 de setembro de 1611 declara a liberdade dos Gentios no Brasil, com exceção daqueles tomados em Guerra Justa. Tal regramento é considerado um dos embriões do direito indígena porque, além de reconhecer a liberdade daqueles que não se opunham aos colonizadores, dispôs sobre a necessidade de respeitar o habitat indígena, quanto ao espaço físico necessário para que o índio pudesse sobreviver e proteger a sua cultura.

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 dadas em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e

<sup>12</sup> QUEIROZ, Paulo Eduardo Cirino de. A construção da teoria do Indigenato: do Brasil colonial à constituição republicana de 1988. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF: 06 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-construcao-da-teoria-do-indigenato-do-brasil-colonial-a-constituicao-republicana-de-1988,43728.html>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

<sup>13</sup> MARCHINI, Rodrigo Sérgio Meirelles. **Lei de 30 de julho de 1609**. Disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2009/12/lei-de-30-de-julho-de-1609.html>>. Acesso em 14 dez. 2015.

muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito dos Índios, primários e naturais senhores delas (MANUELA CARNEIRO DA CUNHA, 1993, p. 59).

Ainda no século XVII, a Coroa Portuguesa editou o Alvará Régio de 01 de abril de 1680, que, em um primeiro momento, objetivou respeitar os direitos indígenas dos estados do Maranhão e do Pará. Logo após, foi estendido aos demais estados. Tal dispositivo exigiu respeito às terras indígenas denominadas fazendas. Os índios apenas poderiam ser transferidos mediante a sua vontade. Com esse regramento, o povo indígena adquiriu o direito a utilizar a terra.

Era preocupação da Coroa Portuguesa amenizar os excessos dos bandeirantes e colonizadores nos desbravamentos das terras tupiniquins.

[...] 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 delas<sup>14</sup>.

Em 28 de abril de 1688, diante do descontentamento dos colonos da Capitania do Maranhão, o Alvará de 1680 foi revogado. No entanto, a lei Pombalina de 06 de julho de 1755 conferiu ao índio a condição de homem livre, o uso e gozo de seus bens, reafirmando o estabelecido no Alvará de 1º de abril de 1680: “[...] os índios no inteiro domínio e pacífica posse das terras [...] para gozarem delas por si e todos os seus herdeiros”<sup>15</sup>.

Assim, a lei de 7 de julho de 1755 e o Alvará de 1º de abril de 1680 formam a base do Instituto do Indigenato no Brasil, que legitimava as terras indígenas afastando o caráter devoluto, como bem assevera Tourinho Neto (1993, p. 12):

Se os índios eram os donos das terras, de acordo com o Alvará Régio de 1680 - não revogado -, as terras que não foram dadas por sesmarias nem as perdidas por força de guerra justa não poderiam ser consideradas devolutas. Achavam-se elas no domínio particular dos índios, por título congênito, independente de legitimação.

<sup>14</sup> Alvará Régio de 1º de abril de 1680. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-26-02>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

<sup>15</sup> Lei Pombalina de 06 de julho de 1755. Disponível em: <<http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/xavier2/Publicacao-dos-Direitos-dos-Indios-na-Colonia.cid221841>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

As terras concedidas ao povo indígena não podiam ser consideradas como devolutas, pois pertenciam aos índios por título congênito, independentemente de legitimação.

Em 1822, o Brasil abandonou o seu estado de colônia portuguesa. Entretanto, não houve grandes alterações na forma de publicação de suas normas, pois o Império era formado pela elite portuguesa economicamente dominante, sob o comando do Imperador Dom Pedro.

A primeira lei tipicamente brasileira sobre Terras foi a de nº. 601, de novembro de 1850, já no Império, sob o governo de D. Pedro II.

Brasil. Leis e decretos. Lei 601 de 18 de setembro de 1850: Dispõe sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais, bem como por simples título de posse mansa e pacífica: a determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam ellas cedidas a título oneroso, assim para empresas a particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionaes e de estrangeiros, autorizado o Governo a promover a colonisação estrangeira na forma que se declara<sup>16</sup>.

O fato é que as leis que tratavam do parcelamento do solo em Portugal, as sesmarias, não eram adequadas para as terras tupiniquins, porquanto lá havia poucas terras e muita gente para distribuir, e cá, pouca gente e muitas terras para distribuir. As leis da Coroa Portuguesa não reconheciam os direitos indígenas, até mesmo porque tal questão não era um problema enfrentado pelo povo europeu na época. Destarte, somente com a chegada dos jesuítas, Ordem de Cristo, com a finalidade de catequizar os autóctones e integrá-los à sociedade, é que surgiu a nova realidade brasileira.

A primeira Lei das Terras do Brasil assentou, em seu art. 12: “Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgarem necessarias: §1º, para a colonisação dos indígenas”<sup>17</sup>.

Germinava agora o insipiente direito indígena em solo pátrio, tendo como agente propulsor nesse processo as lutas travadas pelos padres jesuítas para que a Coroa Portuguesa reconhecesse alguns direitos fundamentais do povo indígena, como a preservação do seu habitat natural e dos locais que efetiva e permanentemente ocupavam.

Na esteira evolutiva do direito indígena, destacam-se ainda alguns dispositivos, como o Decreto de 26 de março de 1819, que, ao verificar que um terreno destinado à então Vila de Valença, através da Ordem Régia de 25 de agosto de 1801, tratava-se de território de aldeia indígena, declarou nulas as concessões feitas e restituiu o território aos índios, de maneira semelhante ao que está disposto em nossa Carta Magna, em que qualquer transação sobre

<sup>16</sup> Lex-Coletânea de Legislação, p. 233-237, 1850.

<sup>17</sup> Lex-Coletânea de Legislação, p. 233-237, 1850.

terras indígenas é considerada nula ou inexistente devido ao interesse público pela preservação de tais direitos. “Nas referidas terras não se poderá mais fazer alienação alguma; e os moradores que já ahi se achão com casas ou com culturas serão conservados e pagarão o foro que se lhes arbitrar para a Camara da villa dos mesmos índios”<sup>18</sup>.

Outros dispositivos importantes no processo de positivação do direito indígena foram a Provisão de 28 de setembro de 1819 e a decisão n. 59, de março de 1830. Se, com a provisão, tivemos o início do direito de demarcar terras tradicionais e efetivamente ocupadas por silvícolas, como o caso de São Lourenço, com a decisão de 1830, foi estabelecido que os indígenas fossem tratados pelo regramento comum e as demarcações de suas terras seriam de competência local, como decorrência da obrigação criadas pelo Governo.

Em janeiro de 1854, foi publicado o Decreto Imperial n. 1318, que regulamentou a Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850. Tal dispositivo garantia em seu capítulo VI, art. 72, que trata das terras reservadas, que serão reservadas terras devolutas para o aldeamento indígena. No entanto, em seu art. 75, o legislador imperial concede ao povo indígena apenas o usufruto da terra, não podendo este aliená-la como os outros brasileiros.

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

Art. 75 As terras reservadas para colonisação de indígenas, e por elles distribuídas, são destinadas ao seu usufructo; e não poderão ser alienadas, em quanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder o pleno gozo dellas, por assim o permittir o seu estado de civilização (BRASIL, 1850, arts. 72 e 75).

Outro marco importante, já em um contexto republicano, é o Decreto n. 736, de 04 de junho de 1936. Tal regulamento criou o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), cujo rol de atribuições estava disciplinado no art. 3º do presente decreto.

Art. 3º O Serviço de Protecção aos indios promoverá os actos mais convenientes:

a) para impedir que as terras habitadas pelos selvicolas sejam tratadas como se devolutas fossem, demarcando-as, fazendo respeitar, garantir, reconhecer e legalizar a posse. dos indios, já pelos Governos Estadoaes ou Municipaes, já pelos particulares;

b) para que na falta de accordo sejam requeridos ao Juiz Federal correspondente es remedios legaes competetes, para garantir aos selvicolas as suas posses, na forma do decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928;

c) para que, igualmente, sejam respeitadas as posses dos indios já reconhecidas em virtude da lei de 18 de setembro de 1850 e outras poosteriores, ainda mesmo nos casos de extincção dos aldeamentos, provando que o facto dos Governos terem deixado de administrar esses aldeamentos ou estabelecimentos, ou

<sup>18</sup> Decreto de 26 de março de 1819. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret\\_sn/antioresa1824/decreto-39106-26-marco-1819-568740-publicacaooriginal-92084-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/antioresa1824/decreto-39106-26-marco-1819-568740-publicacaooriginal-92084-pe.html)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

de superintendel-os, não justifica que os índios, ou seus descendentes, sejam expoliados de suas terras;

d) para que sejam cedidas as terras que forem julgadas necessárias aos estabelecimentos do Departamento do Serviço de Protecção aos Índios;

e) para em caso de coacção ou imminencia de coacção, por illegalidade ou abuso de poder contra índios, applicar recursos legais e tomar providencias complementares immediatas que assegurem aos índios todas as garantias, cumprindo sempre, concomitantemente, communicar esses factos ás autoridades superiores (BRASIL, 1936, art. 3).

Tal dispositivo tinha como objetivo fazer com que as terras habitadas pelos indígenas não fossem consideradas devolutas para fins de concessão aos colonizadores. Destarte, após as reservas serem demarcadas e levadas a registros imobiliários, os índios passaram de meros usufrutuários a coproprietários, como estabeleceu a então ratificada Convenção de Genebra n. 107, que reconheceu ao indígena o direito de propriedade coletiva ou individual dos índios sobre as terras por eles habitadas e ocupadas tradicionalmente. “Art. 11 O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente”<sup>19</sup>.

Nesse diapasão, não podemos deixar de citar a lei n. 5.371, de 05 de dezembro de 1967, que criou a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), órgão oficial do Estado brasileiro responsável, entre outras atribuições, por promover estudos de identificação, delimitação, demarcação e regularização fundiária das terras indígenas, cabendo ainda a este órgão monitorar e fiscalizar tais territórios.

Criou-se também a lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, conhecida como Estatuto do Índio Brasileiro. Este diploma consagrou de forma definitiva o sistema jurídico de defesa dos direitos dos índios às terras por eles habitadas tradicionalmente ocupadas, como disciplina o art. 17 do referido diploma:

Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição;

II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;

III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

Art. 18. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas (BRASIL, 1973, arts. 17-18).

<sup>19</sup> CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA REPARTIÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.

**Convenção n.107 da OIT**, de 05 de junho de 1957. Concerne à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Genebra: OIT, 1957. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%20C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%20C2%BA%20107).pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

O presente diploma, Estatuto do Índio, reconheceu a necessidade de regras para disciplinar as terras indígenas, inclusive no que tange à questão da demarcação administrativa de suas terras.

#### 4 DIREITO INDÍGENA: DA CONSTITUIÇÃO DE 1934 A 1988

Este tópico tem o fito de tecer breves comentários sobre a evolução dos direitos indígenas no Brasil com ênfase no campo constitucional, procurando destacar os elementos jurídicos que se relacionam com os povos indígenas. Em um primeiro momento, observa-se que as constituições de 1924 (Império) e 1891 (Republicana), que antecederam a Constituição de 1934, nada relataram a respeito de terras indígenas, mesmo havendo, na época, um razoável número de disposições legais sobre os indígenas.

Contudo, somente a partir de 1934 a questão indígena ganhou um tratamento constitucional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1934 regulamentou o direito indígena em dois pontos elementares: um restringindo exclusivamente à União a competência para legislar sobre a inclusão do índio na comunhão nacional “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (BRASIL, 1934, art. 5, Inc. XIX, ‘m’)”, outro garantindo o respeito à posse da terra ocupada por indígenas “Será respeitada a *posse de terras de silvícolas* que nelas se achem. Permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las<sup>20</sup> (BRASIL, 1934. art. 129. Grifo nosso) ”.

Ao utilizar a expressão “posse dos silvícolas” que nelas se achem permanentemente localizados, o legislador, como bem observa, Barros (2014, p. 76), buscou, além de definir, delimitar o que se deve entender como terras indígenas. Este entendimento foi reproduzido nas constituições posteriores, ou seja, posse permanente onde efetivamente ocupam e onde existe aquela realidade viva.

Sobre a redação do citado artigo, dispõe em breves palavras Pontes de Miranda (1970, p. 436):

Desde que há a posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o quis a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte dos silvícolas ou em que se achem permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula. Aquelas

---

<sup>20</sup> BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

mesmas que forem em virtude do art. 129 reconhecidas como de posse de tais gentes não podem ser alienadas.

Para o consagrado autor, a posse e a localização permanente são fatores acumulativos para o reconhecimento da posse indígena. Dessa forma, provada a existência de tais pressupostos, a terra pertenceria à comunidade indígena, ainda que terceiros exibissem títulos de domínio.

Por fim, nota-se que, além de respeitar os direitos originários estabelecidos no Alvará de 1º de abril de 1680, a Constituição de 1934 atribuiu uma proteção maior aos direitos indígenas, garantindo a sua inalienabilidade de maneira a restringir qualquer tratamento que vise à depreciação ou negociação de tal direito.

Três anos depois, foi promulgada a Constituição Brasileira de 1937, outorgada pelo então presidente Getúlio Vargas na vigência do Estado Novo. É a quarta Constituição do Brasil e a terceira da República de conteúdo pretensamente democrático. Esta carta política, eminentemente outorgada e mantenedora das condições de poder, recepciona as orientações ditadas pela constituição de 1934, apenas mudando de forma sucinta a redação do seu art. 129, para o então art. 154, CF, 1937: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizadas em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas” (BRASIL, 1937, art. 154).

Desta maneira, se, por um lado, esse corpo constitucional resguardou aos índios a posse das terras permanentemente ocupadas, por outro, houve a omissão da competência legislativa sobre a incorporação dos indígenas à comunhão nacional, fato que pode ser explicado pelo então regime autoritário vigente no país.

Após ingressar na Segunda Guerra Mundial, a política de Getúlio Vargas caiu em descrédito e um movimento de oposição conseguiu retirá-lo do poder no de 1945. Com a queda do ditador, assumiu a presidência o então general Eurico Gaspar Dutra. Nesse momento histórico, uma Constituição de cunho autoritário não era adequada para o país. Assim, foi promulgada em 18 de setembro de 1946 a nova Constituição brasileira.

No que tange ao direito indigenista, a Carta Política de 1946, em seu art. 5º, inciso XV, alínea “r”, e no art. 216, retomou o disposto no art. 129, CF, 1934, dispondo sobre a competência exclusiva da união para legislar sobre a incorporação dos índios à comunhão nacional e sobre a posse das terras por eles ocupadas.

Art. 5º. - Compete à União: XV - legislar sobre: r - a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. Art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde

se acharem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem (BRASIL, 1946, art. 5).

Em que pese haver uma alteração na parte final da redação do art. 216 da Constituição de 1946 - “[...] condição de não a transferirem” (BRASIL, 1946, art. 216) - em relação ao disposto no art. 129, CF, 1934, “[...] vedada a alienação das mesmas” (BRASIL, 1934, art. 129) -, o fato é que há apenas uma alteração de cunho meramente gramatical, não produzindo interpretações diversas daquelas efetuadas na Constituição de 1934.

No entanto, no campo jurídico, deve-se ressaltar que “alienar” significa ceder um bem que pertence àquele que o aliena, enquanto “transferir” implica ceder um bem que não precisa ser necessariamente da propriedade daquele que o transfere. Logo, há uma impossibilidade jurídica de os índios cederem a posse das terras que tradicionalmente ocupam aos não índios, haja vista a titularidade da posse repousar sobre a comunidade indígena e não sobre os índios (BASTOS, 1985, p. 90).

Após o golpe militar de 1964, foi promulgada a Constituição de Federal de 1967, que, além de manter a competência exclusiva da União para legislar sobre a incorporação dos indígenas à comunhão nacional (art. 8º, inciso XVII, alínea “o”, 1946), inovou ao conceder aos índios o direito do usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes nas terras indígenas. “É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes” (BRASIL, 1967, art. 186).

A Carta Política de 1967, alterou toda a ideia que girava em torno da questão da posse indígena, se antes as concepções constitucionais produziam uma ideia de posse imemorial, centrada em um pressuposto passado, a tese apresentada pela CF de 1967 tinha como intuito garantir aos indígenas um território futuro, como bem assevera Julia Ribeiro Marques:

[...] quando o dispositivo falava em assegurar aos indígenas a posse permanente das terras que habitam, a contrário 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 (MARQUES, 2013, p. 06).

Por fim, temos que a Carta Política de 1967, no art. 4º, inciso IV, incluiu entre os bens da União as terras ocupadas pelos silvícolas. Tal fato, apesar de contrariar a ratificada Convenção n. 107, de 1957, da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T), “O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações



interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente”. Conferiu maior proteção aos direitos à terra, evitando, segundo Villares (2009, p. 111), “alienações de terras indígenas promovidas pelos Estados e Municípios e a usucapião feita por posseiros e pelas oligarquias rurais locais”<sup>21</sup>.

No dia 17 de outubro de 1969, o então General Costa e Silva outorga a Emenda Constitucional n. 01, de 1969. Tal dispositivo deu continuidade à proteção dos direitos indígenas, mantendo a propriedade da União sobre as terras indígenas, bem como a sua competência exclusiva para legislar sobre a incorporação dos indígenas à comunhão nacional.

Dispõe o art. 198 da referida Emenda Constitucional:

Art. 198 - As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. § 1º - Ficam declaradas a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objetivo o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos silvícolas. §2º - A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio (BRASIL, 1969, art. 198).

Observa-se que a ideia de permanência transmitida no art. 198 da referida Emenda Constitucional não se reporta a um momento passado, mas visa a assegurar aos indígenas uma proteção futura do seu habitat. Tal Emenda proclamou ainda como nulo qualquer ato ou negócio jurídico que tivesse por finalidade o domínio, a posse ou mesmo a ocupação das terras habitadas por índios, não cabendo a eventuais ocupantes qualquer direito a indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

#### 4.1 A CARTA MAGNA DE 1988

O Brasil teve sete constituições ao longo da sua história. Algumas delas deram grande relevância à questão indígena, como a Constituição de 1934 e 1967. A nossa atual Carta Magna não poderia trilhar um caminho diferente.

Ao analisarmos os diversos dispositivos jurídicos que tratam da questão indígena, na Carta Política de 1988 observa-se que o legislador, além de detalhar os direitos indígenas, também os revestiu com uma série de garantias, visando, assim, a consolidar o que o direito anterior já estabelecia de modo sequencial, criando um alcance verdadeiramente profundo e abrangente sobre as terras que tradicionalmente são ocupadas por indígenas.

<sup>21</sup> VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

Como visto, o Alvará de 1º de abril de 1680, segundo João Mendes Junior, reconheceu o direito originário à terra aos indígenas. O legislador de 1988, no caput do art. 231, revigorou o disposto do antigo alvará ao reconhecer os indígenas como senhores das terras que tradicionalmente ocupavam. E no parágrafo primeiro do mencionado artigo, definiu o que seriam *terras tradicionalmente ocupadas* da seguinte forma:

Art. 231, §1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo os seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 1988, art. 231).

As expressões *tradicionalmente ocupadas* ou *posse permanente* do texto constitucional não refletem uma ideia de uma posse imemorial, ligada a uma relação temporal, mas revitalizam o entendimento dado pela Emenda de n. 1 de 1969, que busca assegurar aos indígenas um habitat, para que possam permanecer livres de tentativas de esbulhos ou moléstias por partes dos não índios. Se, por um outro lado, a ideia de terras tradicionalmente ocupadas tivesse ligação com o espaço tempo, imemorial, a legitimação se daria por usucapião, o que não é o caso, como bem observa José Afonso da Silva (2008, p. 728):

O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidade mais estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize de acordo com seus usos, costumes e tradições<sup>22</sup>.

A Constituição Federal de 1988 apresenta duas passagens importantes sobre a posse indígena: uma no art. 231, §1º - são terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas aquelas por eles *habitadas em caráter permanente*; e, em seguida, no art. 231, §2º, § 2º, “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente [...]” (BRASIL, 1988, art. 231) quando relata que essas terras se destinam à sua posse permanente.

O termo *posse permanente* merece um destaque especial, pois, a posse no direito indígena não é estabelecida por uma relação privada conforme o Direito Civil tipifica, mas, como um mecanismo de proteção ao habitat indígena. Conforme observa Lásaro Moreira da

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

Silva (2004, p. 142): “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”<sup>23</sup>. Assim, ao declarar aos índios a posse permanente das terras que ocupam, a Carta Magna extrapola o campo civilista, estabelecendo mecanismos de proteção não apenas para o presente, mas também para o futuro, contra eventuais esbulhos ou atos que tenham como objetivos o domínio e a posse das terras indígenas. É o que define o art. 231, § 6º, CF, 1988:

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

Vale salientar que diversos regulamentos surgiram com a finalidade de regular o art. 231 da atual Carta Magna e dá outras providências sobre a questão indígena. Um dos primeiros dispositivos jurídicos relevantes é o Decreto n. 22, de 04 de fevereiro de 1991, que estabeleceu normas para o processo administrativo de demarcação do território indígena.

Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com as normas deste Decreto.

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será precedida de identificação por Grupo Técnico, que procederá aos estudos e levantamentos, a fim de atender ao disposto no § 1º do art. 231 da Constituição <sup>24</sup>.

Em seguida, temos os decretos de n. 23, 24, 25 e 26, todos expedidos no ano de 1991 dissertando sobre diversos temas, entre eles: as condições para a prestação de assistência à saúde das populações indígenas; o trato das ações que visam à proteção do meio ambiente em terras indígenas; os programas e projetos que buscam assegurar a auto sustentação dos povos indígenas; a educação indígena no território nacional.

<sup>23</sup> 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**, Doutorados/MS, v. 6, n. 11, jan./jul. 2004.

<sup>24</sup> BRASIL. **Decreto n. 22**, de 4 de fevereiro de 1991. Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas. Brasília, Senado Federal, 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0022.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0022.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2016.

Por fim, temos o Decreto n.º. 1.775, de 08 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o Processo Administrativo de demarcação das terras indígenas e revoga expressamente o Decreto n.º. 22, de 4 de fevereiro de 1991, e o Decreto n.º. 608, de 20 de junho de 1992, que também tratavam sobre a demarcação do território indígena.

## **5 PROCESSO DEMARCATÓRIO DAS TERRAS INDÍGENAS**

A Lei n. 601, de 1850, em seu art. 12, §1º, já reservava terras devolutas como garantia “para a colonização, aldeamento de indígenas nos distritos, onde existirem hordas selvagens”<sup>25</sup> (BRASIL, 1850, art. 12).

Entretanto, a Constituição 1988 deu ao tema uma regulação mais completa, quando estabeleceu como competência exclusiva da União declarar e demarcar as terras indígenas. Fato este também reforçado no art. 19 do Estatuto do Índio: “Art. 19 As terras indígenas, por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo” (BRASIL, 1973, art. 19).

Em que pese algumas críticas sobre as regras do procedimento demarcatório estabelecidas pelo Decreto n.º. 1.775, de 8 de janeiro de 1996, estas já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal através do Mandado de Segurança n. 24.045, de relatoria do ex. ministro Joaquim Barbosa, como ressaltado no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol – Pet 3388 / RR, Min. Carlos BRITTO, 19/03/2009.

Assim, o referido Decreto definiu, entre outros pontos, o papel do órgão federal indigenista, no caso, a FUNAI, e as diferentes fases e subfases que compõem o processo; bem como, assegurou transparência ao procedimento, por meio de sua publicidade.

Salientamos que, as regras que disciplinam o procedimento administrativo para a reserva de terras destinadas à proteção de grupos indígenas, previstas na Lei n.º. 6.001/73, apresenta um rito diverso daquele aplicado às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios disposto no Decreto n. 1.755/96.

Outrossim, as regras utilizadas pelo grupo técnico especializado para delimitar e identificar uma terra como sendo ou não tradicionalmente ocupada tem como base tanto o Decreto n. 1.755/96, que “dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das

---

<sup>25</sup> BRASIL. **Lei n. 601**, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

terras indígenas e dá outras providências”<sup>26</sup>, quanto a Portaria n. 14/MJ, de 09 de janeiro de 1966, a qual estabelece “regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas”<sup>27</sup>.

Tal procedimento inicia-se com o estudo da terra. Nesse ponto, serão analisados aspectos antropológicos, históricos, fundiários, cartográficos e ambientais relevantes para fundamentar a delimitação da posse indígena.

Após o reconhecimento da terra indígena a ser demarcada pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio), órgão competente para conduzir tal procedimento, faz-se um estudo prévio de cunho técnico e também uma análise da viabilidade política da demarcação.

O procedimento é deflagrado a partir da instauração do Grupo de Trabalho, composto preferencialmente por técnicos da FUNAI, seguindo o disposto no § 3º, do art. 2º do Decreto 1.755/96, o qual instrui que a comunidade indígena deve estar presente em todas as fases de identificação e delimitação da terra indígena a ser administrativamente reconhecida.

Após os estudos de identificação, cabe ao Grupo Técnico apresentar à FUNAI um relatório conclusivo sobre a existência ou não de ocupação tradicional. Em caso positivo, deve constar no relatório, mesmo que preliminarmente, uma proposta de delimitação da área em questão, que pode ser aprovada, delimitada ou rejeitada pelo Titular do órgão indigenista.

Aprovado o relatório pelo titular da FUNAI, um resumo do documento, seguido de memorial descritivo e mapa da área a ser demarcada, deverá ser publicado em um prazo de 15 dias no Diário Oficial da União e nos demais mecanismos oficiais dos estados e/ou municípios onde se localize a referida área.

A partir da publicação, há um prazo de 90 dias para que estados e municípios ou demais interessados apresentem eventuais contestações ao órgão indigenista. Após as referidas contestações, cabe à FUNAI, em um prazo de 60 dias, oferecer um parecer sobre o caso. Caso haja êxito no recurso apresentado, caberá ao órgão indigenista rever suas decisões, sanando eventuais vícios apresentados durante o procedimento ou até mesmo alterando seu posicionamento sobre a área a ser demarcada. Em caso de denegação do órgão, o procedimento é encaminhado para o Ministro da Justiça, o qual poderá, no prazo de 30 dias:

---

<sup>26</sup> BRASIL. **Decreto n. 1.775**, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D1775.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

<sup>27</sup> BRASIL. **Portaria/FUNAI n. 14**, de 9 de janeiro de 1996. Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Brasília: Senado Federal, 1996. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria14funai.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

- Rejeitar a identificação e remeter os autos à FUNAI, por meio de decisão fundamentada com fulcro no §1º art. 231 da CF, 88;
- Prescrever, se julgar necessário, diligências que devem ser cumpridas, pela FUNAI, no prazo de 90 dias;
- Declarar, por meio de portaria, os limites da terra indígena, bem como delimitar sua demarcação;

Caso a terra seja declarada como tradicionalmente ocupada pelo povo indígena, esta será demarcada através de marcos físicos, levantando nesse momento eventuais benfeitorias, para fins de indenização para ocupantes de boa-fé, como preconiza o art. 231, §6º da Constituição Federal.

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

Realizada a demarcação física, esta é homologada através de um decreto presidencial, que reconhece a legalidade de todo o procedimento demarcatório. Após demarcada e homologada, será registrada, em até 30 dias após a homologação, no cartório de imóveis da comarca correspondente e na SPU (Secretaria de Patrimônio da União). Assim, embora como anteriormente explicitado, o direito dos índios de habitar suas terras e delas usufruir seja anterior ao reconhecimento formal pelo Estado, é o procedimento administrativo o instrumento necessário para a produção dos efeitos fáticos e jurídicos de tal direito.

### 5.1 PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº. 215

A proposta a Emenda Constitucional, conhecida como PEC 215, de autoria do deputado estadual Almir Moraes de Sá, propõe uma modificação tanto do art. 49, CF/88, que trata das competências exclusivas do Congresso Nacional, quanto do art. 231, que trata das terras indígenas.

A PEC 215 pretende acrescentar o inciso XVIII ao art. 49 da Constituição Federal nos seguintes termos:

Art. 49: É da competência exclusiva do Congresso Nacional

....

XVIII – Aprovar a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e ratificar as demarcações já homologadas (BRASIL, 2000, art. 49).

Ademais, o dispositivo sugere alterar o teor do art. 231, CF/88, que com a aprovação da mencionada PEC apresentaria a seguinte redação: “As terras de que trata este artigo, após a respectiva demarcação aprovada ou ratificada pelo Congresso Nacional, são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis”.

A mencionada Emenda Constitucional apresenta ainda, o acréscimo do parágrafo oitavo ao art. 231, CF/88: “§ 8º Os critérios e procedimentos de demarcação das áreas indígenas deverão ser reguladas por lei”, inserção que altera substancialmente o procedimento para a demarcação de terras indígenas estabelecido no Decreto n. 1.775, de 1996, já que este procedimento será agora regulado por uma lei ordinária de autoria dos próprios deputados.

Tal proposta, além de decidir sobre a demarcação dos territórios indígenas, também relata que caberá aos deputados o poder de decidir sobre a titulação das Terras Quilombolas e a criação de unidades de conservação – parques, reservas florestais e estações ecológicas.

A Fundação Nacional do Índio, órgão indigenista oficial do Governo Brasileiro, também veio a público no ano de 2015 alegando ser a PEC 215 inconstitucional por vários aspectos: como a transferência de responsabilidade sobre a demarcação, o que fere diretamente o art. 231 da CF/88; a possibilidade de incluir arrendamento das terras indígenas que, como bens da União, não poderiam gerar lucros a terceiros.

Dois juristas, especialistas em Direito Indígena, já se pronunciaram sobre a PEC 215. Para Dalmo Dallari, professor de Direito de Universidade de São Paulo (USP), a PEC 215 é flagrantemente inconstitucional, pois fere diretamente o princípio da separação dos poderes e que a demarcação das terras indígenas é um procedimento administrativo que tem como objetivo reconhecer um direito preexistente dos povos indígenas às suas terras. Carlos Frederico Marés, ex-presidente da FUNAI, também sentenciou que “a demarcação é um processo eminentemente técnico, por causa do caráter originário do direito dos índios sobre suas terras, não pode ser submetido ao jogo de interesses políticos do Congresso”<sup>28</sup> (ISA, 2014, *on-line*).

Em um posicionamento mais profundo, Marés esclarece que:

---

<sup>28</sup> ISA. Para juristas, PEC 215 é inconstitucional. **Instituto Socioambiental**, São Paulo, SP: 14 ago. 2013. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/en/node/2342>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

A constituição não deu direito à demarcação. Deu direito à terra. A demarcação é só o jeito de dizer qual é a terra. Quando se coloca todo o direito sobre a demarcação, se retira o direito à terra, porque aí o direito à terra só irá existir se houver demarcação. É isso que está escrito na PEC: que não há mais direitos originários sobre a terra. Aí, muda a Constituição na essência do direito colocado<sup>29</sup> (ISA, 2014, *on-line*).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foram mais de 500 anos de luta pela sobrevivência, desde o período colonial, a população indígena luta pelos direitos às terras que tradicionalmente ocupam e à preservação do seu habitat. A Constituição de 1988, mais especificamente em seu art. 231, garante às comunidades indígenas o direito a tais terras em caráter permanente. Por certo, o § 6º do art. 231 da atual Carta Política não teve como escopo disciplinar a expulsão de agricultores e proprietários legítimos, nem tão pouco, a simples entrega ao povo indígena de terras por eles não habitadas até a atual Carta Magna.

Para o Supremo Tribunal Federal é necessário, para a demarcação das terras indígenas, o respeito a diversos aspectos, tais como a temporalidade, a tradicionalidade, a finalidade e a proporcionalidade. É de seu entendimento que o marco temporal teve como base a data da promulgação da CF 88, Teoria do Fato Indígena. Assim, somente as terras que estariam habitadas pelos índios nessa época poderiam ser demarcadas. No entanto, nos casos em que os índios foram expulsos de suas terras por ações de autoridades ou de terceiros, não estaria descaracterizada a habitualidade e a permanência de sua posse, pois o ato de violência impediu a sua vontade.

Dessa forma, a posse indígena gera um direito de propriedade à União, pois, de acordo com a CF 88, aos índios cabem a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas das terras que tradicionalmente ocupam. Desta feita, qualquer ato que tenha como escopo a posse, o domínio ou a ocupação de terras indígenas será tomado como nulo, sendo extintos todos os seus efeitos.

As terras indígenas são do domínio público e não do privado, mas não de uso comum do povo (Código Civil, art. 66, inciso I) [refere-se ao CC de 1916; hoje, art. 99, I] e sim dominicais (Código Civil, art. 66, inciso II) [hoje, art. 99, II], constituindo patrimônio da União, pois desde a Constituição de 1967 (art. 4º, inciso IV), estão incluídas entre os bens da União. Reiteraram essa disposição a Constituição de 1969 (art. 4º, inciso XI) e a de 1988 (art. 20, inciso XI)<sup>30</sup> (CAVALCANTE FILHO, 2007, *on-line*).

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> CAVALCANTE FILHO, João trindade. Usufruto exclusivo das terras indígenas: natureza jurídica, alcance e objeto. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1640, 20 dez. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10804/usufruto-exclusivo-das-terras-indigenas>>. Acesso em: 02 dez. 2015.



A PEC 215 - que transfere a decisão sobre a demarcação de terras indígenas da União para o Congresso Nacional -, além de representar um retrocesso aos mecanismos de proteção do direito indígena, mais especificamente no processo de demarcação das terras que tradicionalmente ocupam, é uma proposta que tem cunho nitidamente ruralista, pois, traz em seu projeto a previsão de indenização aos “proprietários” de terras demarcadas; a possibilidade de arrendamento das terras indígenas entre dispositivos que apenas atenuam a proteção do direito indígena duramente conquistada.

Alertamos que, os elementos que envolvem as questões indígenas são vastos e não podem ser compreendidos apenas nos limites jurídicos, pois até mesmo a CF 88, ao apresentar o conceito de terras indígenas, o faz segundo elementos científicos, históricos, antropológicos, sociais e biológicos, e, infelizmente, muitos de nossos juristas, impregnados pelo positivismo, simplesmente não ampliam a sua linha de pensamento além dos regramentos jurídicos.

## **THE EVOLUTION OF INDIGENOUS RIGHTS AND DEMARCATION OF LAND THAT TRADITIONALLY OCCUPY**

### **ABSTRACT**

The Colonial period to the present Charter the indigenous community struggle for the right to lands they traditionally occupy. In the Republican period the incipient indigenous law took shape through various bodies such as the Indian Protection Service (SPI), the National Indian Foundation (FUNAI), however, the rules on indigenous lands were only find constitutional shelter from constitution of 1934. Thus, this article aims to analyze the synthesized form the various legal provisions that treated from the Colonial period to the present constituent of the rights of indigenous communities have over the territories they traditionally occupy. The methodology used for the preparation of this article was the bibliographic search and the analysis of several books and scientific papers related to the theme: Indigenous Law, highlighting the periodic research portals of Capes and the search portal Ius Lusitanea laws.

**KEY WORDS:** Indigenous Land. Demarcation. Habitat. Possession.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquemático**. São Paulo: Método, 2013.

AZEVEDO, Thaís Maria Lutterback Saporetti. **Direito e Causas Indígenas: O Papel do Supremo Tribunal Federal**. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 39, 2015, Caxambu. **Anais...** Caxambu, MG: Hotel Glória. Disponível em: <[http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=9615&Itemid=461](http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=9615&Itemid=461)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BALTAR, Petrov. Terras indígenas: efetiva ocupação e o marco temporal do STF. **Ebeji Conhecimento Jurídico**, Belém, PA: 22 dez. 2014. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/terras-indigenas-efetiva-ocupacao-e-o-marco-temporal-do-stf/>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

BARBOSA, Maria do Socorro Ferraz; ACIOLI, Vera Lúcia; ASSIS, Virgínia Maria Almoêdo de. **Fontes repatriadas: anotações de História Colonial, referências para pesquisa, índices do Catálogo da Capitania de Pernambuco**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2006.

BARBOSA, Marco Antonio. Os povos indígenas e as organizações internacionais: Instituto do Indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas. **Revista Eletrônica História em Reflexão**, v. 1, n. 2, UFGD – Dourados, jul./dez. 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1985.

BEDIN, Gilmar Antonio. A doutrina jusnaturalista ou do direito natural: uma introdução. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**, ano XXIII, n. 42, p. 245-251, jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/2996/3515>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Em Kant**. 2. ed. São Paulo: Edurb, 1992.

BORGES, Antonino Moura. **Terras Indígenas e seus conflitos atuais**. 1. ed. São Paulo: Comtemplar, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1946. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1937. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1934. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 22**, de 4 de fevereiro de 1991. Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas. Brasília, Senado Federal, 1991. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0022.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0022.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 736**, de 04 de junho de 1936. Brasília: Senado Federal, 1936.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 1.775**, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D1775.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n. 1**, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília: Senado Federal, 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 6.001**, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília: Congresso Nacional, 1973. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 601**, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Portaria/FUNAI n. 14**, de 9 de janeiro de 1996. Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Brasília: Senado Federal, 1996. Disponível em:

<<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria14funai.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Proposta de Emenda à Constituição n. 215**. Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal. Brasília:

Congresso Nacional, 2000. Disponível em:  
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>.  
Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Regulamento para execução da Lei n. 601**, de 18 de setembro de 1850, a que se refere o Decreto desta data. Capítulo I. Da repartição geral das terras públicas. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/Anexos/RegulamentoD1318-1854.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/Anexos/RegulamentoD1318-1854.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Pet 3388 RR-Roraima. Tribunal Pleno. D. J. 21/03/2013.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Legislação Indigenista do Século XIX**. São Paulo: EDUSP; Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1993. v. 11.

CAVALCANTE FILHO, João trindade. Usufruto exclusivo das terras indígenas: natureza jurídica, alcance e objeto. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1640, 20 dez. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10804/usufruto-exclusivo-das-terras-indigenas>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA REPARTIÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n.107 da OIT**, de 05 de junho de 1957. Concerne à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Genebra: OIT, 1957. Disponível em:  
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/lex130a.htm>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

DAVIDOFF, Carlos Henrique. **Bandeirantismo: verso e reverso**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

DIDEROT, Denis. **Direito natural**. Tradução de João da Silva Gama. [S.l.]: Luso Sofia Press, 1751-1765. Disponível em:  
<[http://www.lusosofia.net/textos/diderot\\_direito\\_natural.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/diderot_direito_natural.pdf)>. Acesso em: 09 dez. 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 3, p. 689-699, jan./jun. 2004.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. **A posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como um instituto diverso da posse civil e sua qualificação como um direito constitucional fundamental**. 2010. 248f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fortaleza. Disponível em:  
<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp127773.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2015.

FUNAI. Direito originário. **Fundação Nacional do Índio**, s.d. Disponível em:  
<<http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-26-02>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

FUNAI. Nota da Funai sobre a PEC 215/00. **Fundação Nacional do Índio**, 28 out. 2015. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/3494-nota-da-funai-sobre-a-pec-215-00>>. Acessado em: 12 jan. 2016.

GUIMARÃES, Cristiane Lira; CARBONI, Matheus. A indenização na desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária e a possibilidade de fixação de juros compensatórios. **Revista Jus Navigandi**, jun. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19281/a-indenizacao-na-desapropriacao-de-imovel-rural-para-fins-de-reforma-agraria-e-a-possibilidade-de-fixacao-de-juros-compensatorios>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HIRSCHBERGER, Johannes. **História da filosofia na Idade Média**. 2. ed. Tradução e prefácio de Alexandre Correia. São Paulo: Herder, 1966.

ISA. Para juristas, PEC 215 é inconstitucional. **Instituto Socioambiental**, São Paulo, SP: 14 ago. 2013. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/en/node/2342>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

LEIROZA, Wandergel. **O jusnaturalismo e o direito natural**. Disponível em: <<http://repositorio.gdr.adv.br/upload/artigo/0304121133O%20JUSNATURALISMO%20e%20O%20DIREITO%20NATURA1.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

MARCHINI, Rodrigo Sérgio Meirelles. Alvará de 1 de abril de 1680. **Transcrição de Fontes**, s.d. Disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2010/02/alvara-de-de-1-de-abril-de-1680.html>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Outros: século XIX. **Transcrições de Fontes**, s.d. Disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2012/02/outros-seculo-xix.html>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei de 30 de julho de 1609. **Transcrição de Fontes**, s.d. Disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2009/12/lei-de-30-de-julho-de-1609.html>>. Acesso em 14 dez. 2015.

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**. 2012. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Departamento de Ciências Jurídicas, Porto Alegre.

MELO, Gilberto. **A indenização na desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária e a possibilidade de fixação de juros compensatórios**. 10 jun. 2011. Disponível em: <<http://gilbertomelo.com.br/a-indenizacao-na-desapropriacao-de-imovel-rural-para-fins-de-reforma-agraria-e-a-possibilidade-de-fixacao-de-juros-compensatorios/>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO. **Sobre a demarcação de terras indígenas no território brasileiro e a capacidade civil dos indígenas**. Curitiba: Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Direitos Humanos; Área das Comunidades Indígenas, 26 jun. 2013. Disponível em:

<<http://www.indigena.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=93>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

MONTEIRO, John Manuel. **Negros da terra: índios e bandeirantes nas origens de São Paulo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

QUEIROZ, Paulo Eduardo Cirino de. A construção da teoria do Indigenato: do Brasil colonial à constituição republicana de 1988. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF: 06 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-construcao-da-teoria-do-indigenato-do-brasil-colonial-a-constituicao-republicana-de-1988,43728.html>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

ROCHA, Abygail Vendramini. A questão dos índios brasileiros: algumas análises. **ETIC 2015 – Encontro de Iniciação Científica**, Toledo Prudente Centro Universitário, 2015. ISSN 21-76-8498. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/4833/4586>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

SANTOS, Jair Lima dos. Direito Natural em Tomás de Aquino: Breve estudo do pensamento jurídico-filosófico medieval. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2454, 21 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14541/direito-natural-em-tomas-de-aquino#ixzz3tqf0o6lv>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

SATERÉ, Luar. Direitos indígenas. **Blog do Luar**, 21 abr. 2013. Disponível em: <<http://luarsatere.blogspot.com.br/2013/04/direitos-indigenas.html>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1984.

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**, Doutorados/MS, v. 6, n. 11, jan./jul. 2004.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUSA, Manoel Nascimento de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano XIV, n. 85, fev. 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8978&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8978&revista_caderno=9)>. Acesso em: 02 dez. 2015.

SOUZA, Flávia Bub de. **Função social da propriedade: conflito de interesses e auso do direito de voto nas sociedades anônimas abertas**. 2007. 212f. Dissertação (Mestrado em

Direito) – Faculdades Integradas de Curitiba – FIC, Curitiba. Disponível em: <<http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/FlaviaBubSouza.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

TEXTO COMPLETO DA LEI DE TERRAS DE 1850. Disponível em: <<http://www.webhistoria.com.br/lei1850.html#VI>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 1. ed. São Paulo: Jus Podivum, 2015.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI/Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 5.

VILAR, Leandro. Os bandeirantes. **Seguindo os passos da história**, 11 mar. 2013. Disponível em: <<http://seguidopassoshistoria.blogspot.com.br/2013/03/os-bandeirantes.html>>. Acesso em: 09 dez. 2015.