



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 12

DIREITOS HUMANOS

COORDENAÇÃO DO TOMO 12

Wagner Balera

Carolina Alves de Souza Lima

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITOS HUMANOS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello	Oswaldo Duek Marques
Elizabeth Nazar Carrazza	Paulo de Barros Carvalho
Fábio Ulhoa Coelho	Raffaele De Giorgi
Fernando Menezes de Almeida	Ronaldo Porto Macedo Júnior
Guilherme Nucci	Roque Antonio Carrazza
Luiz Alberto David Araújo	Rosa Maria de Andrade Nery
Luiz Edson Fachin	Rui da Cunha Martins
Marco Antonio Marques da Silva	Tercio Sampaio Ferraz Junior
Maria Helena Diniz	Teresa Celina de Arruda Alvim
Nelson Nery Júnior	Wagner Balera

TOMO DE DIREITOS HUMANOS | ISBN 978-85-60453-61-0

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo XII (recurso eletrônico)
: direitos humanos / coords. Wagner Balera e Carolina Alves de Souza Lima - São Paulo:
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022
Recurso eletrônico World Wide Web
Bibliografia.
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1.Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire,
André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS

Meire Rose Santos Pereira

INTRODUÇÃO

Como segmento do Direito Humanitário, o Direito Indígena busca proporcionar a estas comunidades a proteção necessária para salvaguardar a sua cultura, modo de vida, *habitat* e proteção a posse das terras tradicionalmente por eles ocupadas. Portanto, não se restringem aos preceitos estabelecidos de forma específica sobre os povos indígenas, mas abrangem todos os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, englobando o direito à cidadania, à educação, ao trabalho, à seguridade social, ao meio ambiente, à sustentabilidade econômica, à cultura, à liberdade religiosa.

Assim, pode-se conceituar como Direito Indígena o conjunto de leis e dispositivos elaborados para representar os interesses de uma parcela específica da população, os indígenas, que no Brasil e em tantos outros países segue com seu particular, tradicional e ancestral modo de vida.

Todavia, neste verbete, não se pretende apenas conceituar as normas, mas também pontuar, ainda que brevemente, os principais direitos dos povos indígenas, tarefa complexa, tendo em vista que o assunto compreende aspectos históricos, antropológicos e sociais relevantes, além da matéria de cunho jurídico propriamente envolvida.

A História mostra que os interesses políticos e econômicos sempre se fizeram presentes na problemática que envolve os direitos indígenas, repercutindo assim, sobre a proteção jurídica dada a esses povos desde a colonização do Brasil até os dias atuais.

Nesse contexto, é importante destacar a evolução destes direitos, pontuando quais foram as principais Constituições Federais Brasileiras para assegurar o direito indigenista e como esse amparo legal se dá no texto constitucional vigente e no contexto internacional. Não se deve olvidar, contudo, a relevância do ordenamento jurídico infraconstitucional relativo aos direitos indígenas.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Conceitos antecedentes das aproximações adequadas ao tema.....	4
1.1. Definição de índio	4
1.2. Definição de comunidade e grupo indígena.....	6
1.3. Conceito de terra indígena.....	8
2. Direitos fundamentais dos povos indígenas.....	10
2.1. O direito à terra dos povos indígenas no Brasil: do período colonial à Constituição Federal de 1988.....	10
2.1.1. A Constituição Federal de 1988 e a consagração dos povos indígenas	19
2.1.2. Da proteção à cultura indígena.....	20
2.1.3. Do sistema normativo próprio.....	20
2.1.4. Do direito à educação em suas próprias línguas.....	21
2.1.5. O direito originário dos povos indígenas à posse das terras tradicionalmente ocupadas	21
2.1.6. Efeitos da posse indígena	24
2.1.7. O direito à demarcação das terras indígenas como exercício de direito fundamental.....	25
2.1.8. Efeitos da demarcação	26
2.1.9. Da legitimidade ativa para ingressar em juízo	29
2.1.10. De outros direitos fundamentais individuais e coletivos 29	
3. A importância do direito internacional na proteção dos povos indígenas	30
4. Conclusão.....	40
Referências	42

1. CONCEITOS ANTECEDENTES DAS APROXIMAÇÕES ADEQUADAS AO TEMA

Pretende-se, neste título, apresentar os principais conceitos e terminologias utilizados nas referências aos povos indígenas, como indivíduos ou comunidade, para depois almejar compreender, por exemplo, o direito dos povos indígenas as terras tradicionalmente por eles ocupadas.¹

Com efeito, referir-se aos direitos das comunidades indígenas é uma incumbência difícil e complexa, não podendo ser abordada exclusivamente a partir da simples exegese dos textos da Constituição, uma vez que compreendem, para além da dimensão jurídica, aspectos históricos, antropológicos e sociais.²

Desse modo, a pretensão de análise da atual ordem constitucional não pode se realizar sem a utilização de conceitos e estudos interdisciplinares, ainda que de forma superficial. Para tanto, devem-se trazer à tona certas definições e aspectos não jurídicos antes de adentrarmos o objeto do nosso estudo. É o que se passa a fazer a seguir.

1.1. Definição de índio

Inicialmente, ressalta-se que não há como se falar de índios no Brasil, hoje, sem abordar a temática da diversidade dos povos. Índios são os habitantes originários das terras conhecidas como continente americano, e, de acordo com uma definição técnica das Nações Unidas, de 1986:

“As comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que, contando com uma continuidade histórica das sociedades anteriores à invasão e à colonização que foi desenvolvida em seus territórios, consideram a si mesmos distintos de outros setores da sociedade, e estão decididos a conservar, a desenvolver e a

¹ O direito dos índios é originário e decorre de sua conexão sociocultural com povos pré-colombianos que aqui habitavam. Tal direito não procede do reconhecimento do Estado (nem é anulado pelo não reconhecimento), mas decorre do fato mesmo da sobrevivência atual dos grupos humanos que se identificam por tradições ancestrais e que se consideram como etnicamente diferenciados de outros segmentos da sociedade nacional (OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas: uma avaliação preliminar de seu reconhecimento oficial e de outras destinações sobrepostas. *Terras indígenas do Brasil*, p. 8).

² BOAS FILHO, Orlando Villas. Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo. *História do direito brasileiro*, p. 295.

transmitir às gerações futuras seus territórios ancestrais e sua identidade étnica, como base de sua existência continuada como povos, em conformidade com seus próprios padrões culturais, as instituições sociais e os sistemas jurídicos”.³

Especula-se que, no ano de 1500, viviam no território que denominamos hoje como Brasil mais de três milhões de pessoas, pertencendo a diversos grupos.⁴

Atualmente, restam pouco mais de oitocentos e noventa e seis mil indivíduos remanescentes desses grupos, de acordo com dados de 2010 do Instituto de Geografia e Estatística (IBGE).⁵ Por oportuno esclarecer, que até 2010 a Fundação Nacional do Índio (Funai) e a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) utilizavam uma metodologia diferente para computar os indígenas no território nacional, razão pela qual no mesmo ano a Funai identificou que haviam apenas 300 mil índios no Brasil. Entretanto, desde de 2010 passaram a utilizar o censo demográfico do IBGE. O IBGE utiliza o método de autoidentificação para chegar aos seus números, incluindo os indígenas que habitam os centros urbanos. Já a Funai e a Funasa trabalhavam apenas com as populações habitantes de comunidades localizadas em terras indígenas oficialmente reconhecidas.⁶ Há, ainda, aqueles não incluídos nesses dados, inclusive nos do IBGE, e que são denominados índios isolados, ou índios ainda em vias de reafirmação étnica após anos de dominação e repressão cultural.⁷

Dessa forma, com o propósito de identificação dos povos indígenas no Brasil, criaram-se alguns critérios, com destaque para a metodologia que privilegia a autodefinição, embora não seja único, tampouco excludentes. Neste critério, é importante a identificação do indivíduo com alguns elementos da comunidade, entre os quais: a continuidade histórica com sociedades pré-coloniais; estreita vinculação com o território; sistemas sociais, econômicos e políticos bem definidos; língua, cultura e crenças definidas; identificar-se como diferente da sociedade nacional; e vinculação ou articulação com a rede global dos povos indígenas.⁸

A denominação *índio* substituiu a de *silvícola*, de uso legislativo, utilizada até a

³ SANTOS, Luciano Gersem dos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*, p. 27.

⁴ FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>>.

⁵ IBGE. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder_indigenas_web.pdf>.

⁶ SANTOS, Luciano Gersem dos. *Op. cit.*, pp. 27-28.

⁷ *Idem*, p. 28.

⁸ *Idem*, p. 27.

promulgação da Constituição Federal de 1988. Há dúvidas quanto à retidão da utilização da primeira palavra, de conotação inferiorizante, historicamente condicionada e, sutilmente, depreciativa. Todavia, em virtude de o termo ser utilizado pela maioria dos indígenas como autodesignação, fica possibilitado o seu uso jurídico.⁹ Com efeito, para emprego jurídico no Brasil, o conceito de índio foi estabelecido por dispositivo legal, o art. 3º do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973).¹⁰ Isso em virtude do fato de que a CF/88, embora se utilize continuamente do conceito de índio, não reserva nenhuma de suas normas à definição de índio.

Assim, o índio pode ser identificado segundo quatro critérios, dois objetivos e dois subjetivos. Aqueles consistem na existência de uma ascendência pré-colombiana da pessoa em questão, e de um grupo étnico, que se diferencie da sociedade nacional. Já os dois critérios subjetivos são a classificação pelo próprio indivíduo e por outros como pertencente a esse grupo étnico especial. Uma vez assim autodenominado, passa a usufruir dos direitos previstos constitucional e infraconstitucionalmente aos povos originários (ou a sofrer as consequências do esquecimento do Estado).¹¹

1.2. Definição de comunidade e grupo indígena

Comunidade indígena traduz ideia de um grupo populacional, inserido em uma formação social complexa, com uma identidade agregadora. Por sua vez, comunidade indígena pode ser definida como:

“contingente populacional formado por índios que possuem uma ou diversas características geográficas (habitam um mesmo território), econômicas (desenvolvem formas de economia compatíveis), culturais (têm semelhantes formas de organização, falam a mesma língua, celebram de forma idêntica certos marcos da vida, cultuam os mesmos deuses etc.) ou são continuidades populacionais com antepassado em

⁹ KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*, p. 35.

¹⁰ “Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.

¹¹ KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Op. cit.*, p. 40.

comum”.¹²

Pode-se, então, definir “comunidades indígenas” como “aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas”.¹³

Definição semelhante é encontrada no art. 3º do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), que não apenas regula a situação jurídica do índio e das comunidades indígenas, também definiu comunidade indígena ou grupo tribal da seguinte forma:

“II – Comunidade Indígena ou Grupo Tribal – É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados”.

Por seu turno, a Constituição Federal denominou agrupamentos de índios com certa organização social, territorialização, cultura e etnicidade como comunidades indígenas: “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”.

O conceito de "comunidades indígenas", encontra aplicação no art. 210, § 2º, da CF, quando trata do direito ao ensino fundamental dos índios:

“Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.”

Já o conceito de *grupo indígena*, por sua vez, encontra aplicação em outra norma constitucional:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as

¹² VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 32.

¹³ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*, p. 26.

terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

[...]

§ 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”.

Observa-se que a Constituição brasileira além do conceito de *índio*, faz uso de *comunidade indígena* e de *grupo indígena*. Cita-se também a designação de *população indígena*, a qual, todavia, não recebeu uma definição jurídico-constitucional, nem jurídico-administrativa.

No entanto, embora a expressão *povo indígena* não apresente um conceito conclusivo juridicamente, é preciso lembrar que as expressões *povos indígenas* e *povo indígena* substituíram vários termos jurídicos, tanto na linguagem jurídica interna brasileira como na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas. Ressalta-se, por oportuno, que, para alguns doutrinadores, essas são as expressões que melhor traduzem a ideia de uma identidade indígena coletiva própria.¹⁴

Igualmente, a expressão *cultura indígena* não recebeu definição em razão da diversidade das culturas indígenas e também em virtude dos objetivos das políticas de integração indígena válidas até 1988. Por isso, tem-se por *cultura indígena*: “o conjunto de realizações e os modos de vida dos povos indígenas em questão, portanto, especialmente também os usos, costumes e tradições indígenas, seus valores, suas línguas, crenças, suas formas de expressão artística e outras, assim como suas instituições”.¹⁵

1.3. Conceito de terra indígena

Outro conceito fundamental para compreender o tema desenvolvido é o de *terra*

¹⁴ KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*, p. 41.

¹⁵ *Idem*, p. 43.

indígena, pois essas terras não representam para os índios puramente recursos econômicos, e sim recursos de sobrevivência. Com efeito, é terra indígena aquela que se encontra em posse tradicional dos índios, sendo definida pelo art. 231, § 1º, da CF/88:

“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.”

Ademais, nos termos da legislação vigente (CF/88, Lei 6001/1973 – Estatuto do Índio, Decreto 1.775/1996), as terras indígenas podem ser classificadas nas seguintes modalidades:¹⁶

I) terras indígenas Tradicionalmente Ocupadas: são as terras indígenas de que trata o art. 231 da Constituição Federal de 1988, direito originário dos povos indígenas, cujo processo de demarcação é disciplinado pelo Decreto 1.775/1996;

II) reservas indígenas: são terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas. São terras que também pertencem ao patrimônio da União, mas não se confundem com as terras de ocupação tradicional. Existem terras indígenas, no entanto, que foram reservadas pelos estados-membros, principalmente durante a primeira metade do século XX, que são reconhecidas como de ocupação tradicional;

III) terras dominiais: são as terras de propriedade das comunidades indígenas, havidas, por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil;

IV) interditadas: são áreas interditadas pela Funai para proteção dos povos e grupos indígenas isolados, com o estabelecimento de restrição de ingresso e trânsito de terceiros na área. A interdição da área pode ser realizada concomitantemente ou não com o processo de demarcação, disciplinado pelo Decreto 1.775/1996.

¹⁶ Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS INDÍGENAS

Pretende-se, neste título, apresentar os principais aspectos conceituais dos direitos fundamentais dos povos indígenas no Brasil, pontuando a evolução destes direitos do período colonial até a Constituição Federal de 1988.

2.1. O direito à terra dos povos indígenas no Brasil: do período colonial à Constituição Federal de 1988

Ao tratar de direitos dos povos indígenas no Brasil, o Período Colonial constitui referência diante das Cartas Régias dos anos de 1609 e 1611, as quais foram promulgadas por Filipe III, o rei de Portugal.

A Carta Régia de 30 de julho de 1609 consignava que os gentios (indígenas) eram livres, conforme o direito, garantindo-lhes um salário pelos serviços que prestassem nas fazendas dos colonizadores, proibindo, ainda, que trabalhassem contra sua vontade. Eis o que prescrevia a mencionada Carta:

“[...] 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 a 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 agarão seu trabalho, assim, e de maneira, que são obrigados a pagar a toda as mais pessoas livres, de que se servem”.¹⁷

Ulteriormente, no dia 10 de setembro de 1611, Dom Filipe III, lhes assegurou o direito à terra, de forma que não poderiam ser obrigados a retirarem-se do local onde

¹⁷ BRASIL. *Lei de 30 de julho de 1609*.

tradicionalmente viviam:

“[...] 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 quiserem fazer”.¹⁸

A garantia da terra ao povo indígena, naquele período, ainda se estendeu, eis que a Coroa Portuguesa, utilizando-se do Alvará Régio de 01 de abril de 1680, declarou que os indígenas eram senhores de seus domínios, propiciando, também, àqueles que são desaldeados um lugar para sobreviverem.

Observa-se que, naquele período, vigorava o Regime Sesmarial, cujo objetivo era distribuição de terras, de maneira que estimulasse a produção; entretanto, restaram garantidos os direitos dos indígenas sobre suas terras, haja vista serem considerados direitos primários e naturais.¹⁹

O Alvará estabelecia o seguinte:

“[...] 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”.²⁰

Ressalta-se que outras leis também reafirmaram o que dizia o Alvará, como a Lei de 6 de julho de 1755, conhecida como Lei Pombalina, e o Diretório dos Índios de 1758.

¹⁸ BRASIL. *Lei de 10 de setembro de 1066*.

¹⁹ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 99.

²⁰ Alvará Régio de 01 de abril de 1680.

Após, a Carta Régia de 16 de março de 1819 e duas provisões de 8 de julho de 1819, assinadas por D. João VI, reconheceram o domínio das terras aos povos indígenas, declarando serem as terras onde se localizavam as aldeias inalienáveis, e totalmente nulas todas as concessões de sesmarias realizadas. Da mesma maneira, não considerou tais terras como devolutas:

“Sendo-me presente que a Aldêa de Valança dos índios Coroados estando destinada para Villa dos mesmos Indios, por ordem minha de 25 de Agosto de 1801, fora pedida de sesmaria, como terreno devoluto, por Florisbello Augusto de Macedo, e depois por Eleuterio Delfim da Silva, e concedida com notória oppressão, pois não se devia considerar devoluto um terreno marcado para Aldêa dos Indios com a Igreja já edificada, e alguns moradores na mesma Aldêa: Hei por bem declarar nulla a sobredita concessão feita a Eleuteio Delfim da Silva, e que o sobredito terreno, pela demarcação actual, seja restituído aos ditos Indios, para nelle se alearn e cultivarem os terrenos que se lhe destinarem [...] Nas referidas terras não se poderá fazer alienação alguma, e os moradores que já ahi se acham com casas ou com culturas, serão conservados [...]”.²¹

Ou seja, demonstrou-se que durante o colonialismo inúmeras normas reconheceram direitos dos povos indígenas, entretanto, em setembro de 1822, quando o Brasil se tornou independente, passando de um Estado Absolutista para Liberal, houve a outorga por D. Pedro I, da primeira Constituição do Império do Brasil (1824). Ocorre que, nessa oportunidade, os direitos indígenas foram esquecidos, ante a ausência de legislação.

Salienta-se que, mesmo não havendo o reconhecimento da autonomia dos povos indígenas sobre seus territórios nesse período, tais direitos ainda eram respeitados, visto que a legislação colonial os ratificou por inúmeras vezes, já que com a promulgação dessa Carta não houve a revogação daqueles documentos legislativos.²²

Todavia, mesmo diante desse cenário, não se pode deixar de reconhecer que a Constituição da República Federativa do Brasil, principal fonte do direito indígena

²¹ Carta Régia de 16 de março de 1819.

²² FREITAS 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*, p. 58.

brasileiro,²³ tem demasiada importância histórica em termos de mudança do paradigma relativo ao tratamento dispensado aos índios no Brasil e, por isso, a ela deve ser dada adequada exegese.²⁴

Assim, a depender do colonizador, aos índios foi dispensado tratamento jurídico diferenciado no Novo Mundo, desde a sua "descoberta", embora fosse possível identificar em toda legislação da época um ponto em comum: o assimilacionismo.²⁵

Constata-se, pois, o primeiro paradigma do trato do Estado para com os povos originários, de acordo com o qual os nativos eram selvagens que se situavam em um estágio civilizatório e cultural inferior e, portanto, deveriam ser domesticados e cristianizados para o seu próprio bem.²⁶

Os ideais assimilacionistas já estavam presentes na legislação do período colonial. Embora disposições que reconhecessem direitos aos indígenas tenham sido registradas nos textos da época, como a soberania sobre suas terras, ou a impossibilidade de obrigá-los a um estilo de vida que não lhes agradasse, tais registros não passavam do plano formal, pois jamais foram cumpridos. Sua burla, muitas vezes, se dava por meios, inclusive, ardilosos.²⁷

A legislação portuguesa desse período, em termos gerais, beneficiava os índios que se submetessem à catequese e que não representassem uma ameaça. Aqueles com comportamento hostil eram punidos severamente. Acresce que, além da falta de rigor metodológico, as normas em prol dos indígenas, ainda que de caráter assimilacionista, eram caracterizadas por escassa efetividade.²⁸

À época do Brasil Império, o viés assimilacionista permaneceu, inexistindo dispositivo acerca dos direitos indígenas na Constituição de 25.03.1824. Contudo,

²³ ANTUNES, Paulo Bessa. *Ação civil pública, meio ambiente e terras indígenas*, p. 143 *apud* ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil*, p. 505.

²⁴ ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil*, p. 505.

²⁵ Teoria que prega a integração dos diferentes grupos étnicos e culturais a uma sociedade, a fim de evitar situações de conflito.

²⁶ Robério Nunes do Anjos Filho, com base nos dados de Sérgio Buarque de Holanda, identifica a ideia assimilacionista na Carta de Pero Vaz de Caminha, dirigida a El-Rey, e no texto do Padre Manoel da Nóbrega, de meados do Século XVI. *Op. cit.*, 2009, p. 506.

²⁷ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Terra indígena: história da doutrina e da legislação. Os direitos do índio: ensaios e documentos*, p. 58.

²⁸ ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil*, pp. 506-507.

registra-se que José Bonifácio, na Assembleia Constituinte, apresentou à comissão responsável um trabalho por ele redigido, intitulado *Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil*, por meio do qual previu para a Assembleia o ônus de criar estabelecimentos para a catequese e civilização dos índios, a emancipação lenta dos negros e sua educação religiosa e industrial.²⁹ A comissão, apesar de considerá-lo um trabalho precioso, limitou-se a agradecer o texto, não lhe proporcionando efeito prático algum.³⁰ Reputa-se essa atitude ao fato de que o pensamento dominante entre os membros da cúpula imperial era o de que os índios não eram brasileiros em sentido político, não fazendo parte daqueles que formavam o Império.³¹

Deveras, durante o Império houve apenas uma norma constitucional que versou sobre direito indígena. Trata-se do art. 11, § 5º, do Ato Adicional de 12.08.1834 à Constituição do Império, que regulamentava a competência cumulativa dos parlamentos das províncias e do Governo Brasileiro sobre a catequese dos indígenas.

Contudo, não se pode deixar de dizer que, durante a vigência desta Constituição, promulgou-se a Lei das Terras (Lei 601 de 18.09.1850), que regulamentava o regime fundiário do país, sendo previsto no art. 3º o que se deveria entender por terras devolutas, veja-se:

“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.

²⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. Terra indígena: história da doutrina e da legislação. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, p. 212.

³⁰ ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil*, p. 509, em nota de rodapé de n. 1991, ocasião em que faz referência aos textos de CUNHA, Manuela Carneiro. *Legislação indigenista no século XIX: uma compilação (1808-1889)*, p. 347-360; RODRIGUES, José Honório. *A Assembleia Constituinte de 1823*, p. 161.

³¹ CUNHA, Manuela Carneiro da. Terra indígena: história da doutrina e da legislação. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, pp. 63-64.

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

(Grifamos.)

Nota-se que foi grifado o parágrafo quarto do mencionado artigo, eis que, segundo João Mendes Júnior, ele reconhece o direito originário à terra aos indígenas, ou seja, o indígena é detentor de tal direito quando nasce, preservando-se os termos do Alvará de 1º de abril de 1680.³²

A Lei das Terras estipulava que as terras ocupadas pelos indígenas não eram consideradas terras devolutas em virtude da garantia do direito originário sobre elas.

Ocorre que, nesse período, conforme já dito, o Estado visava colonizar os indígenas, ou seja, "civilizá-los", por meio da instituição dos aldeamentos, os quais, normalmente, eram instituídos no âmbito dos territórios originários indígenas, trazendo-se uma grande contradição, vez que a Lei das Terras, com seu Decreto 1.318/1954, que a regulamentava, prescrevia que parte das terras devolutas seria direcionada para a colonização 13, conforme art. 12 da Lei 14 e arts. 72 e 73 do Decreto 15, daí surge a dúvida se, nessa hipótese, as terras dos silvícolas são devolutas?

Obviamente que a resposta só pode ser negativa, quer dizer, aqueles locais que eram habitados e que foram instituídos aldeamentos não são considerados terras devolutas; todavia, os territórios pertencentes aos Estados que foram instituídos aldeamentos são consideradas terras devolutas.³³

Em 1889, o Brasil torna-se uma República, sendo promulgada, em 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição da República e segunda do Brasil, haja vista que a primeira Constituição do Brasil foi promulgada em 1824 durante o Império. Enfim, a segunda Constituição brasileira fora apresentada à Assembleia Constituinte como uma proposta fundada em bases positivistas para que fosse instituída uma confederação indígena ao lado de uma federação composta pelos Estados.³⁴ Contudo, a proposta não foi acatada e a Constituição entrou em vigor sem fazer nenhuma referência aos índios. Ocorre que, em seu texto, contemplou um artigo que repassava todas as terras devolutas

³² MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, p. 60 apud FREITAS 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*, p. 59.

³³ JOAQUIM, Ana Paula. *Direito constitucional indígena: uma análise à luz do caso Raposa/Serra do Sol*, p. 32.

³⁴ FREITAS JUNIOR, Luís de. *Op. cit.*

para o domínio dos estados, o que ensejou grande discussão sobre a inclusão das terras indígenas já assim reconhecidas nesse rol, hipótese afastada pela abalizada doutrina. Não obstante, os novos estados e os municípios neles situados se empenharam em utilizar indiscriminadamente qualquer terra indígena.³⁵

As ações estatais da época permaneceram permeadas pelo pensamento assimilacionista. Até mesmo a criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPI),³⁶ que se deu pelo Decreto 8072, de 20 de junho de 1910, ocorreu entro desse ideal. Como exemplo, pode-se citar um dos objetivos expressos no referido decreto, qual seja o de prestar assistência àqueles que se encontravam aldeados, reunidos em tribos ou que viviam promiscuamente como civilizados.³⁷ Além disso, pode-se mencionar também o objetivo de pacificação dos índios, como premissa necessária à incorporação do sertão brasileiro à economia nacional, possibilitando o desenvolvimento das atividades pecuárias, agrícolas e industriais.³⁸ O SPI foi inicialmente chefiado pelo Marechal Rondon,³⁹ cuja atuação, à época, ficou marcada pelo respeito e pela não violência contra os indígenas.⁴⁰ No entanto, posteriormente, um grupo de estudiosos brasileiros propôs uma visão revisionista de suas ações.⁴¹ A partir daí, passou-se a identificar como verdadeiro objetivo de Rondon a expansão dos poderes do Estado. Na busca do seu intento, teria, então, praticado uma

³⁵ GOMES, Mércio Pereira. *Os índios do Brasil*, p. 83 *apud* ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil*, p. 511.

³⁶ Denominado posteriormente de Serviço de Proteção ao Índio – SPI, quando as atribuições relativas à localização de trabalhadores foram transferidas para outras esferas.

³⁷ BIGIO, Elias dos Santos. *Cândido Rondon: a integração nacional*, p. 512.

³⁸ Objetivo citado por José Bezerra Cavalcanti, Diretor Interino do SPI no final de 1910. BIGIO, Elias dos Santos. *Cândido Rondon: a integração nacional*, p. 34, *apud* ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Op. cit.*, p. 512.

³⁹ O militar Cândido Mariano da Silva Rondon, mais conhecido como Marechal Rondon, chefiou o Serviço de Proteção ao Índio e, por suas ações, foi conhecido como importante humanista e defensor das populações indígenas. De ascendência indígena pelo lado materno, Rondon adquiriu muita experiência com os índios em missão militar de que participara, com o intuito de instalar linhas e estações telegráficas nos territórios correspondentes, atualmente, aos estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia (ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Op. cit.*, p. 512).

⁴⁰ Adotou, inclusive, como lema a frase “Morrer se preciso for, matar nunca”. De acordo com Mércio Pereira, essa frase foi uma das poucas contribuições brasileiras à filosofia do cristianismo ou ao cristianismo tupiniquim. GOMES, Mércio Pereira. *Os índios do Brasil*, p. 23; *apud* ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Op. cit.*, p. 513. Ainda, em razão de sua atuação, foi indicado em 1925, por Albert Einstein, à Real Academia de Ciências da Suécia para o Prêmio Nobel da Paz. *Idem*, p. 512.

⁴¹ Grupo de estudiosos formado, principalmente, por antropólogos ligados à Universidade Federal do Rio de Janeiro, por meio da obra de Antônio Carlos de Souza Lima (ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil*, p. 513).

forma de guerra contra os índios, a fim de conquistá-los mediante o poder tutelar. Com isso, verificou-se que sua última intenção era, na verdade, extinguir os povos indígenas e suas culturas, promovendo a sua completa assimilação.

Nesse período, o ideal assimilacionista era fortemente influenciado pelo positivismo, consistia em compreender o indígena como em estágio cultural inferior e transitório, o qual necessitava de ajuda para se preparar para a civilização. Assim, acreditava-se que o processo de evolução dos seres humanos seria único e que a civilização ocidental seria o seu plano mais avançado.⁴² Por isso, era necessário proteger os índios para evitar que, durante o referido processo, ocorresse sua exploração e, conseqüentemente, fossem dizimados. A fim de afastar tais conseqüências drásticas, era necessário demarcar suas terras para que se evitasse a invasão, assim como era preciso atuar nas áreas da saúde, educação e capacitação econômica.⁴³

Nessa mesma linha de pensamento, a política seguida por Rondon, ainda que muito criticada atualmente, representava naquela época a melhor das alternativas propostas, entre as quais se chegava, até mesmo, a propor o extermínio dos índios em prol do desenvolvimento.⁴⁴ Por isso, ainda que houvesse contradição nos trabalhos desenvolvidos pelo SPI e por Rondon, entre a vontade de proteger os índios e o desejo de promover o desenvolvimento de onde habitavam, há de se reconhecer o saldo positivo de sua contribuição histórica sob o ponto de vista indígena.

Perfazendo o corredor histórico da consagração dos direitos indígenas no constitucional, há de se lembrar que apenas em 1934 o assunto fora tratado novamente. No caso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 16 de julho de 1934 referiu-se, em dois artigos, a temas relevantes referentes ao direito dos índios: art. 5º, XIX, alínea

⁴² JOAQUIM, Ana Paula. *Direito constitucional indígena: uma análise à luz do caso Raposa/Serra do Sol*, p. 33.

⁴³ FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/quem/historia/spi.htm>>.

⁴⁴ Estabeleceu-se um clima acirrado contra os povos indígenas, especialmente no que se refere a suas terras, diante das medidas voltadas ao progresso econômico. Todd A. Diacon, em referência de Robério Filho, *op. cit.*, p. 514, noticia que, em razão de um violento confronto travado entre trabalhadores e índios Kaingang, durante a construção da Estrada de Ferro Noroeste do Brasil, Hermann Von Ihering, Diretor do Museu Paulista, propôs abertamente o extermínio dos índios em artigo publicado na revista daquele museu. No *Correio Paulistano*, edição de 29 de outubro de 1908, escreveu que "os atuais índios do estado de S. Paulo não representam um elemento de trabalho de progresso", não se podendo "esperar trabalho sério e assíduo dos índios civilizados e, como os caingangs selvagens são um empecilho para a colonização das regiões do sertão que habitam, parece que não há outro meio, de que se possa lançar mão, senão o seu extermínio". Sobre o atual conceito de desenvolvimento, ver SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*.

m, que consolidou a competência legislativa da União para a incorporação dos silvícolas na comunhão nacional; e o art. 129, o qual determinou que a posse de terras dos silvícolas deveria ser respeitada.

A Constituição de 1937, decretada por Getúlio Vargas, previu apenas o respeito à posse da terra indígena, consagrando-o no seu art. 154.

A Carta de 1946 reiterou os dispositivos de 1934 em seus arts. 5º, XV, e 216.

Por sua vez, a Constituição de 1967 e sua EC 1, de 1969 previu, além das regulamentações de 1934 e 1946 (correspondentes aos art. 8º, XVII, o, e art. 186, na CF/67; e art. 8º, XVIII, o, e art. 198, na CF/69), a definição de bens da União, incluindo em seu rol as terras ocupadas pelos silvícolas (art. 4º, IV).

Observa-se que essa Constituição foi bastante inovadora, pois conferiu aos indígenas, além da posse da terra, o seu usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes, nos termos do art. 186, *in verbis*: “Art. 186. É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes”.

Assim, expõe-se que a Carta Política de 1967 alterou toda a concepção que se tinha acerca da posse, pois, anteriormente, elas referiam-se às posses imemoriais, já esta transmite a ideia de *habitat*, no sentido de conferir aos indígenas um território futuro, em que poderão usufruir de todos os recursos naturais existentes.⁴⁵

Por fim, a Constituição de 1967, no art. 4º, inciso IV, incluiu as terras ocupadas por indígenas como um bem da União, o que conferiu maiores proteções aos direitos à terra, impedindo, conforme Villares, “alienações de terras indígenas promovidas pelos Estados e Municípios e a usurpação feita por posseiros e pelas oligarquias rurais locais”.⁴⁶

No dia 17 de outubro de 1969, o ditador General Costa e Silva outorga a Emenda Constitucional 01, mantendo-se as terras indígenas como bem da União,⁴⁷ e sua competência exclusiva para legislar acerca da incorporação do indígena à sociedade,⁴⁸

⁴⁵ 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*, p. 6.

⁴⁶ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 111.

⁴⁷ “Art. 4º Incluem-se entre os bens da União: (...) IV – as terras ocupadas pelos silvícolas”.

⁴⁸ “Art. 8º Compete à União: (...) XVII – legislar sobre: (...) o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

sendo, ainda, consideravelmente inovadora, vejamos:

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

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

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

Veja-se que a Emenda se refere à posse permanente, todavia, fugindo da ideia de imemoriabilidade, mas de maneira a assegurar aos indígenas um *habitat*, para que possam permanecer livre de esbulhos ou moléstias por parte da população “branca”.

Também, declarou a Emenda, serem nulos e extintos todos os efeitos jurídicos dos atos cujo objetivo seja o domínio, a posse ou a ocupação das áreas habitadas por indígenas. Assim, é patentemente notório que a Emenda concedeu maior importância aos direitos dos povos indígenas.

Outrossim, a CF/69, regulou a posse da terra dos silvícolas, prevendo, de forma inédita, o mandado de nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos que tinham por objeto o domínio, a posse da terra ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas, excluindo qualquer possibilidade de indenização ou ação contra a União ou a Funai (art. 198, §§ 1º e 2º).

2.1.1. A Constituição Federal de 1988 e a consagração dos povos indígenas

Esse cenário ganhou nova roupagem com a promulgação, em 1988 da nossa atual Carta Magna, que trata da questão indígena de maneira bastante detalhada, eis que previu, pela primeira vez, um conceito jurídico acerca da terra indígena, reconhecendo a esses

povos os direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam.⁴⁹ Com efeito, a Constituição Federal de 1988 dedicou aos índios um capítulo próprio, o que não exclui os direitos individuais e coletivos previstos em todo o seu corpo, inerentes a todas as pessoas: Capítulo VIII, denominado “Dos Índios”, inserto no Título VIII – Da Ordem Social, que possui como objetivo “o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193 da CF). Apesar de esse capítulo possuir apenas dois artigos, há no texto constitucional mais nove artigos que se referem a alguma situação jurídica dos povos indígenas.

2.1.2. *Da proteção à cultura indígena*

No texto constitucional, o art. 231 reconhece ao índio, além do seu direito sobre a terra tradicionalmente por ele ocupada, “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”,⁵⁰ de tal forma que cabe à União a obrigação de proteger tais direitos e fazer respeitá-los.

Com base no progresso do conhecimento antropológico, durante as décadas de 1970 e 1980, quando se percebeu que era errônea a ideia de integralização dos índios à sociedade – pois na verdade tratava-se de um extermínio cultural –, surgiu a exigência de um reconhecimento jurídico de caráter permanente e de respeito às culturas indígenas,⁵¹ mais tarde consubstanciado no *caput* do art. 231.

Assim, passou-se a prever a possibilidade de os índios viverem de acordo com suas próprias formas tradicionais de organização social e de vida, abandonando a tentativa de se homogeneizar aos grupos culturalmente diferentes.⁵²

2.1.3. *Do sistema normativo próprio*

Trata-se da obrigação que, de acordo com o *caput* do art. 231 da CF, a União possui o dever de fazer valer, a cada povo indígena, o seu sistema normativo próprio, que

⁴⁹ Art. 231, *caput*, da Constituição Federal: “São reconhecidos aos índios (...) os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (...).”

⁵⁰ Art. 231 da CF/88.

⁵¹ KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*, p. 212.

⁵² *Idem*, p. 212.

rege sua organização social, costumes, línguas, crenças, ocupação territorial, de forma a refletir as possibilidades e as necessidades práticas de cada coletividade.⁵³ Não cabe ao Estado sujeitá-los ao sistema legal comum que regula a sociedade brasileira, pois este, por muitas vezes, é inadaptado para diversas situações vividas pelas comunidades indígenas e deixa de ser aplicado em favor das normas feitas pelos próprios índios.⁵⁴

Desta maneira, o direito brasileiro passou a admitir a existência de um “sistema normativo próprio”⁵⁵ dos povos indígenas, de tal modo que esses direitos especiais foram concedidos a esses povos em caráter permanente, sem restrições e independentemente de possíveis alterações de suas relações com a sociedade ao redor.⁵⁶

Vê-se, então, que, o principal ponto da normatização jurídica em referência aos índios, contido na Constituição Federal, está no tratamento dispensado às terras por eles ocupadas, pois o livre acesso dos índios ao seu *habitat* é condição necessária para a concretização dos demais direitos indígenas, entre os quais o de permanecerem com suas características culturais.

2.1.4. *Do direito à educação em suas próprias línguas*

Para reforçar tal obrigação imposta à União, o art. 215, § 1º, da CF também prevê que cabe à União a obrigação de proteger as manifestações das culturas indígenas. E o reconhecimento jurídico dos direitos previstos no *caput* do art. 231 se completa com o disposto no art. 210, § 2º, que assegura às comunidades indígenas o acesso ao ensino fundamental utilizando suas próprias línguas e processos próprios de aprendizagem.

2.1.5. *O direito originário dos povos indígenas à posse das terras tradicionalmente ocupadas*

Nesse contexto, insta ressaltar dois pressupostos constitucionais, quais sejam: os direitos originários, que legitimam o direito à terra e à ocupação tradicional, que, por sua

⁵³ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 22.

⁵⁴ *Idem*, p. 23.

⁵⁵ *Idem*, pp. 21-22.

⁵⁶ KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*, p. 217.

vez, demonstra obtenção do direito à terra.⁵⁷

Sobre isso, Lázaro Moreira da Silva diz que: "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".⁵⁸

Da mesma forma, José Afonso da Silva expõe que, ao reconhecer o direito originário da terra ao indígena, a Constituição Federal de 1988 se alicerçou no instituto do indigenato,⁵⁹ 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 dela.⁶⁰

Assim, por obviedade, os direitos originários ou primários dos indígenas recaem sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, cujo conceito está na Constituição Federal, mais precisamente, no § 1º do art. 231, *in verbis*:

“§ 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 seus usos, costumes e tradições”.

Tal conceito apresenta quatro pressupostos anteriormente mencionados, como elementos complementares e essenciais, sendo eles: (a) habitação em caráter permanente; (b) a utilização da terra para atividades produtivas; (c) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e (d) necessárias à sua reprodução física e cultural,⁶¹ o que passaremos a analisar.

Viu-se que, ao se tratar de terras tradicionalmente ocupadas, não se refere à imemorial, ou seja, àquelas ocupadas desde os tempos remotos, mas sim ao modo como

⁵⁷ 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*, p. 11.

⁵⁸ SILVA, Lázaro 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*, v. 6, n. 11, p. 142.

⁵⁹ O instituto do indigenato será detalhado e conceituado no capítulo 4, item 4.2.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*, 2005, pp. 854-856.

⁶¹ *Idem*, p. 855.

os povos indígenas se relacionam com a terra para sobreviver.

Acerca disso, José Afonso da Silva expõe que:

“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 espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize de acordo com seus usos, costumes e tradições”.⁶²

Já a expressão permanente, na visão de Lázaro Moreira da Silva, liga-se à ideia de uma garantia futura, quer dizer, as terras tradicionais indígenas serão destinadas para sempre a seu *habitat*.⁶³

O segundo elemento – a utilização da terra para atividades produtivas – liga-se, simplesmente, à concepção de desenvolvimento de atividades necessárias para a subsistência da comunidade indígena, sendo elas: a caça, a pesca, agricultura etc.

Quanto às terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar, trata-se de um espaço amplo, que, a partir de sua utilização pelo povo indígena, não inviabilize a conservação dos recursos naturais dos quais eles necessitam para sobreviver.⁶⁴

Por fim, o último elemento complementar, qual seja, necessário à sua reprodução física e cultural, expõe que tais terras devem garantir o crescimento populacional sem prejuízo, bem como o espaço territorial deve ser suficiente para proporcionar o desenvolvimento cultural da comunidade. Assim, pode-se notar o quão é importante a terra para os povos indígenas, sendo eles totalmente dependentes delas.

Outro ponto também importante é a não exigência, para o reconhecimento da terra como tradicionalmente indígena, que os índios estejam lá desde os primórdios, ou seja, desde o descobrimento do Brasil. Aliás, até mesmo diante da situação de expulsão dos índios por terceiros, das terras que ocupavam, ainda resiste a possibilidade de

⁶² SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*, 2005, p. 856.

⁶³ SILVA, Lázaro 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*, v. 6, n. 11, p. 150.

⁶⁴ 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*, p. 13.

considerar tal terra como permanente,⁶⁵ conforme a previsão contida no § 4º do art. 231 da CF. O citado artigo prevê a imprescritibilidade do direito do indígena sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente. Conclui-se, assim, que os direitos do índio à terra permanecem intactos mesmo que tenha decorrido muito tempo desde a expulsão.⁶⁶

2.1.6. *Efeitos da posse indígena*

Conforme dicção do art. 20, XI, da CF, as terras ocupadas tradicionalmente pelos índios são bens da União, mas o *caput* do art. 231 reconhece o direito de o índio permanecer com tais terras, de forma que o § 1º normatiza o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” e o § 2º prevê o vínculo jurídico existente entre o índio e a terra.

O sentido e a finalidade de atribuir à União a propriedade das terras que se encontram tradicionalmente em posse dos índios são a maior proteção dos direitos indígenas a essas terras,⁶⁷ permanecendo sua finalidade independentemente de registro em nome da União, demarcadas ou não como terra indígena.⁶⁸

Deve-se esclarecer que, quanto ao vínculo jurídico entre o índio e a terra, o § 2º do art. 231 da CF não reconhece o direito de propriedade aos indígenas, que é reservado à União, apenas lhes sub-rogando a posse. Então, os índios não podem vender, doar, permutar ou dar em garantia as terras cuja posse possuem,⁶⁹ em contrapartida, também não pode assim fazer a União. Tal conclusão é extraída da análise do § 4º do art. 231: “As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”.

Como já afirmado anteriormente, o reconhecimento do direito dos índios a posse das terras por eles tradicionalmente ocupadas, como já afirmado anteriormente, dependerá da observância de quatro requisitos, cumulativamente: 1º) habitação na terra

⁶⁵ 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*, pp. 235-236.

⁶⁶ *Idem*, pp. 235-243.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2011, p. 858.

⁶⁸ KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*, p. 234.

⁶⁹ *Idem*, p. 242.

pelos índios em caráter permanente; 2º) utilização da terra para atividades produtivas; 3º) necessidade da terra para a manutenção dos recursos indispensáveis ao bem-estar; 4º) necessidade da terra para a reprodução física e cultural.⁷⁰

Ressalta-se que todos os quatro pressupostos, que serão comprovados por meio de laudo antropológico, devem ser definidos por meio dos usos, costumes e tradições dos índios – sem considerar critérios da sociedade comum –, de forma que possam ser respeitadas as diversas formas de relação dos índios brasileiros com a terra.⁷¹

Pelo exposto, conclui-se que, a posse tradicional da terra pelos índios gera duas consequências jurídicas previstas na CF: a garantia da posse futura e o direito dos índios ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (parte final do § 2º).

2.1.7. O direito à demarcação das terras indígenas como exercício de direito fundamental

A demarcação das terras indígenas tem previsão constitucional e, por isso, é um direito subjetivo tanto dos povos indígenas como da sociedade civil em geral. Sua regulamentação se dá por normas infraconstitucionais e sua importância recai sobre o fato de que este é um direito que viabiliza a concretização do direito fundamental à terra indígena.

Logo, costuma-se dizer que existem ao menos dois direitos territoriais indígenas distintos: o direito à terra tradicional, com todos os seus elementos, conforme foi visto; e o direito à delimitação dessa terra.⁷²

Conforme o já exposto neste verbete, o direito à terra tradicional é originário e, por isso, independe de processo demarcatório. Ocorre que, na prática, sem a demarcação, o direito à terra fica desprotegido, vulnerável a outros títulos que legitimam falsamente as invasões e as interferências nas áreas indígenas sob o argumento de que, uma vez que não está demarcada a terra, não há como saber se ela é ou não indígena.⁷³

⁷⁰ KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*, p. 234.

⁷¹ *Idem*, p. 235.

⁷² TEIXEIRA, Vanessa. *Terras indígenas no Brasil*.

⁷³ *Idem*.

Conseqüentemente, pode-se afirmar que a demarcação de terras indígenas é a mais importante maneira de assegurar a posse indígena no território tradicional e, por essa razão, é um tema muito discutido no Direito Indigenista.

O reconhecimento da importância da demarcação se cristaliza nos prazos já estabelecidos no nosso ordenamento jurídico para que todas as terras indígenas fossem demarcadas. A saber, em 1973, com o advento do Estatuto do Índio (Lei 6.001) e, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, em suas disposições transitórias. Em ambos os casos, a norma estabeleceu o prazo de cinco anos para que o Estado providenciasse a demarcação das referidas terras, o que, evidentemente, não foi cumprido.

Isso ocorreu em virtude de diversos fatores. Um deles é a grande quantidade de recursos do Poder Público necessários para a realização dos estudos previstos no Decreto. Ressalte-se que, não obstante o prazo estabelecido, os processos tendem a se prolongar por muitos anos e, nesse ínterim, a presença dos não índios se faz muito danosa, pois essas pessoas realizam seus negócios e utilizam-se dos recursos da terra, aproveitando-se da demora do Estado para deixarem a terra sem sequer arcar com a indenização pelos danos ambientais causados.⁷⁴

Em síntese, enquanto as terras tradicionais não são demarcadas, elas são consideradas, tanto pelo Poder Judiciário, quanto pelos demais poderes, “supostas” terras indígenas, o que dificulta sobremaneira a autonomia indígena sobre seus territórios e o exercício de seus direitos constitucionais.⁷⁵

2.1.8. *Efeitos da demarcação*

A garantia da posse futura se dá pelo fato de que a demarcação não é um ato constitutivo da posse, mas tão somente declarativo dela. Isso se compreende da formulação empregada no *caput* do art. 231 da CF, quando utilizou os termos “reconhecidos” e “direitos originários”, os quais prescindem de constituição, em contrapartida aos chamados direitos derivados. Assim, a CF não poderia criar direitos já

⁷⁴ TEIXEIRA, Vanessa. *Terras indígenas no Brasil*, p. 71.

⁷⁵ *Idem*, p. 72.

existentes antes da criação de um ente federativo estatal, restando-lhe apenas a possibilidade de “reconhecê-los”.⁷⁶

Embora as demarcações não tenham efeito constitutivo de direito, elas foram previstas no *caput* do art. 231 com o fim de possibilitar uma proteção efetiva das terras indígenas, já que, conhecendo os seus limites exatos, viabiliza-se o trabalho de vigilância sobre elas, evitando possíveis conflitos sobre a posse.

Outra consequência advinda da demarcação da terra indígena é o reconhecimento do direito dos índios ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes em suas terras. Observe que a CF, no § 2º do art. 231, previu tal direito, considerando para esse fim o que é visível e arado. Dessa forma, excluiu-se o usufruto das riquezas advindas do subsolo, pois as riquezas do subsolo, bem como as riquezas minerais, são bens da União (art. 20, IX, da CF).

O art. 49, XVI, da CF prevê que é competência exclusiva do Congresso Nacional conceder autorização para a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos, lavra de minerais e realização de pesquisas no subsolo das terras indígenas, uma vez que as jazidas e demais recursos minerais e potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo (art. 176, *caput*, da CF).

Contudo, ainda a exclusividade do usufruto do solo pelos indígenas pode ser mitigada, conforme exaço contida no § 3º, ainda do art. 231.

Isso se dá em razão do reflexo da previsão contida no art. 20, XI, da CF (as terras indígenas são bens da União), podendo ser abstraído da leitura dos arts. 49, XVI, e 176, *caput*, ambos da CF. Tais normas, juntamente com a previsão contida no § 3º do art. 231 da CF, relativizam o direito dos índios às suas terras, bem como às riquezas nelas existentes.

Assim, a pesquisa e a lavra dos recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica podem ocorrer, inclusive nas terras indígenas, ante dois requisitos: existência de razões de interesse nacional e prévia autorização do Congresso Nacional, de forma a assegurar aos indígenas participação nos resultados da lavra (a ser fixada na forma da lei).

⁷⁶ KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*, p. 246.

Portanto, apesar da CF conceder aos índios a exclusividade no usufruto das riquezas existentes em suas terras, restringe-o ao solo e relativiza-o, concedendo-o a terceiros quando houver interesse nacional e prévia autorização do Congresso Nacional.

Outra proteção à posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas advém do § 6º do art. 231 da CF, em que se consideram inadmissíveis as inscrições de terceiros no registro de imóveis de tais terras, sendo nulos os atos que tenham a intenção de transmitir a posse, ocupar, dominar as terras ou explorar as riquezas naturais lá existentes. No entanto, permite-se uma exceção: quando houver relevante interesse público da União, previsto em lei complementar. A validação de atos particulares e de atos dos municípios ou dos Estados fica excluída em qualquer hipótese.⁷⁷

Um ponto importante a ser mencionado é que não cabe utilizar a nulidade desses atos como fundamento ao direito de indenização em face das comunidades indígenas, sendo possível, tão somente, em face da União, estritamente, quanto às benfeitorias derivadas e a ocupação de boa-fé.⁷⁸

A CF assegura de forma mais precisa a permanência dos povos indígenas em seu *habitat* ao vedar, conforme o § 5º do art. 231, a remoção dos grupos indígenas de suas terras. Entretanto, tal vedação não é absoluta, aceitando-se a remoção dos povos indígenas em dois casos distintos. Primeiro, quando houver risco à sobrevivência da população indígena provocado por catástrofe ou epidemia, e, segundo, quando configurar interesse da soberania do país.

No primeiro caso, o Presidente da República pode ordenar diretamente a remoção dos grupos indígenas, bastando que submeta, posteriormente, tal ato ao referendo do Congresso Nacional. No segundo caso, somente é possível a remoção após deliberação daquele órgão. Em ambos os casos, depois de cessada a hipótese ensejadora, o retorno imediato é assegurado.

Por fim, o § 7º do art. 231 prevê a não aplicação às terras indígenas do disposto no art. 174, §§ 3º e 4º, todos da CF. Desse modo, apesar de a Constituição permitir a pesquisa e a exploração dos recursos minerais por meio de cooperativas autorizadas, veda expressamente que tais cooperativas exerçam suas atividades de garimpagem em terras

⁷⁷ KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*, p. 245.

⁷⁸ *Idem*, pp. 212-245.

indígenas, sem qualquer ressalva.

2.1.9. Da legitimidade ativa para ingressar em juízo

Assim, tecidas as considerações sobre a relação normativa que os índios mantêm com suas terras, após análise minuciosa do art. 231, urge tecer algumas considerações acerca da previsão contida no art. 232, em que se assegura ao índio capacidade processual ativa.

Preceitua o 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, sob pena de nulidade.

Como se observa, tal norma é autoaplicável, ou seja, não necessita de complementação de outra norma. Assim, a capacidade processual ativa prevista no referido artigo é concedida, primeiramente, ao índio individualmente considerado, e depois à comunidade, já que os direitos e interesses dos índios têm caráter coletivo, devido ao seu modo de vida.⁷⁹

Insta esclarecer que a norma não oferece subsídios para ações diretas contra os índios, suas comunidades ou organizações, pois a legitimidade passiva processual não é regulamentada por tal artigo. Dessa forma, as ações com esse objetivo devem ser dirigidas em face da União.⁸⁰

2.1.10. De outros direitos fundamentais individuais e coletivos

Observa-se que esses são os direitos e as restrições concernentes aos indígenas e a suas comunidades existentes na Constituição. Todavia, conforme dito antes, os direitos constitucionais indígenas não se restringem aos preceitos estabelecidos de forma específica sobre os povos indígenas, mas abrangem todos os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, englobando o direito à cidadania, à educação, ao trabalho, à seguridade social, ao meio ambiente, à sustentabilidade econômica, à cultura, à liberdade

⁷⁹ KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*, p. 264.

⁸⁰ *Idem*, p. 265.

religiosa.

3. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

A proteção aos direitos dos povos indígenas é uma das propostas dos instrumentos internacionais que visam proteger os direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário.

Discorrer sobre as fontes de proteção ao Direito Indígena no Direito Internacional implica abordar três aspectos importantes: os povos indígenas como sujeitos de Direito Internacional, as fontes propriamente ditas e a forma de absorção das normas internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro.⁸¹

Seguindo a lógica exposta, deve-se esclarecer que o Direito Internacional definido classicamente como o conjunto de regras que determinam os direitos e os deveres dos Estados.⁸² Ocorre que, após o período de guerras, outros sujeitos passaram a ser aceitos além dos Estados Nacionais, tais como as organizações intergovernamentais, as organizações não governamentais (ONG), os indivíduos, as populações minoritárias e, também, os povos indígenas.⁸³

Com isso, a primeira norma internacional de ampla aceitação a trazer os povos indígenas como sujeitos de Direito Internacional foi a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento,⁸⁴ que resultou da Conferência do Rio de Janeiro de 1992:

“Princípio 22 – Os povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável”.

No que se refere à fonte propriamente dita, vários são os instrumentos internacionais que preveem e reafirmam direitos fundamentais indígenas, os quais devem

⁸¹ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 45.

⁸² MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito internacional público*, p. 63, *apud Idem*.

⁸³ VILLARES, Luiz Fernando. *Op. cit.*, p. 45.

⁸⁴ *Idem*, p. 47.

ser observados e respeitados por todos os países que os tenham subscrito.

Entre os instrumentos, destacam-se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; a Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial; a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho; a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho; Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança; e a Convenção da Diversidade Biológica.

Ressalte-se que o Brasil é signatário de todos os instrumentos mencionados, evidenciando o seu compromisso, assumido expressamente diante da comunidade internacional, com relação aos povos indígenas.

Já os principais documentos internacionais que estabelecem diretrizes para que os países-membros da ONU elaborem suas políticas destinadas aos povos indígenas são tanto a Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas como as resoluções referentes às duas Décadas Internacionais dos Povos Indígenas do Mundo⁸⁵ e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.⁸⁶ Outrossim, não se deve ignorar que os tratados gerais de direitos humanos também têm uma importância singular, pois se aplicam de igual forma aos povos indígenas, até mesmo porque são universais.⁸⁷

Mas o marco antecedente dos direitos indígenas previstos internacionalmente, sem dúvida, é o sistema internacional de defesa e proteção dos direitos humanos, edificado nos últimos 50 anos.

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, maior órgão da ONU, dispõe em seu art. 38 que as convenções internacionais são fontes de Direito Internacional que estabelecem regras reconhecidas de forma explícita pelos Estados Nacionais. Aqui, convenções e tratados são termos usados como sinônimos pelo Direito Internacional.⁸⁸

⁸⁵ Proclamada em 1993 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), a primeira Década Internacional dos Povos Indígenas teve como objetivo principal a aprovação da Declaração dos Povos Indígenas. Ocorre que, passada a primeira década, em virtude de impasses nas negociações e do perigo de suas lutas caírem no esquecimento, lideranças indígenas fizeram até greve de fome, no intuito de pressionar os países para que proclamassem uma segunda década, o que foi aprovado a partir de 2005. Fonte: Site dos Povos Indígenas no Brasil – Instituto Socioambiental.

⁸⁶ A Organização das Nações Unidas (ONU), em 2000, ao analisar as problemáticas mundiais, elegeu oito objetivos para serem alcançados até 2015, firmando este compromisso juntamente com 189 nações. São os denominados “Objetivos de Desenvolvimento do Milênio” (ODM).

⁸⁷ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os povos indígenas: perguntas e respostas*.

⁸⁸ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 48.

Os povos indígenas têm seus direitos reconhecidos nas declarações de direitos humanos e são protegidos internacionalmente, de modo genérico, pelos tratados e convenções. Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, foi o primeiro documento universal que proclamou direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todos os seres humanos. Seus princípios são genericamente aceitos como Direito Consuetudinário Internacional, exigindo-se dos países, pelo menos, uma postura política moral no seu cumprimento.⁸⁹

Já a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho, de 26 de junho de 1957, versa sobre a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais, além de regulamentar as relações de trabalho. O destaque se dá justamente porque trouxe a regulamentação das relações de trabalho, no que se refere à proteção indígena. Vale lembrar que vários pontos dessa convenção já estão desatualizados, contudo, vale mencionar pela inovação que trouxe à época.

Completam a DUDH os pactos internacionais de 1966, quais sejam, os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Este último tem, até mesmo, uma referência a minorias, em seu art. 27, que pode ser aplicada aos povos indígenas:

“Artigo 27.

No caso em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”

Oportuno ressaltar que as regras das convenções e tratados são de cumprimento obrigatório para os Estados Nacionais que os ratificaram, ao contrário da Declaração Universal. Compõem, assim, os principais documentos do sistema geral de proteção dos direitos humanos. Os povos indígenas, por sua vez, como todos os demais cidadãos, têm, em princípio, todos os direitos consagrados nos referidos pactos internacionais que, uma vez ratificados pelos Estados Nacionais, podem ter o seu cumprimento exigido junto às autoridades nacionais.

⁸⁹ STAVENHAGEN, Rodolfo. *El marco internacional del derecho indigena*, p. 45, apud VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 48.

Ao lado desse sistema geral, tem-se o sistema específico de direitos humanos, endereçado a um sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas relações.

Nesse diapasão, a Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1989, é marco no Direito Internacional direcionado aos povos indígenas. No Brasil, ela foi ratificada em 2002 e entrou em vigor em 25 de julho de 2003.⁹⁰ Muito embora houvesse poucas adesões, chamou atenção o fato de que a população indígena dos países que a ratificaram é expressiva.

A referida Convenção estabelece “as bases para a política indigenista com autonomia para os povos indígenas e inúmeras obrigações estatais para proteção dos povos indígenas, sua vida, territórios, instituições, cultura e saúde”.⁹¹ Neste aspecto, os países signatários da convenção firmam o compromisso de consultar os povos indígenas interessados quando houver medidas tanto legislativas como administrativas que diretamente os afetem, garantindo, por conseguinte, sua efetiva participação nas decisões:

“Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
- b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
- c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

⁹⁰ Site da Secretaria-Geral da Presidência da República <http://www.secretariageral.gov.br/art_social/convencao169>.

⁹¹ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 49.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.”

Com o objetivo de estudar, avaliar e apresentar proposta de regulamentação dos mecanismos de consulta prévia da Convenção 169, além de estabelecer o diálogo permanente e qualificado com membros da sociedade civil, povos indígenas e tribais, foi instituído o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), sob a coordenação do Ministério das Relações Exteriores e da Secretaria-Geral da Presidência da República, contando com a participação de diversos órgãos e entidades governamentais, por meio da Portaria Interministerial 35, de 27 de janeiro de 2012.⁹²

Ainda, com o objetivo de compartilhar conhecimentos e experiências, de forma participativa, buscando subsídios para a regulamentação dos mecanismos de consulta, a Secretaria-Geral da Presidência da República e o Ministério das Relações Exteriores promoveram nos dias 8 e 9 de março de 2012, em Brasília, o Seminário Convenção 169 da OIT: experiências e perspectivas, com a participação de cerca de 160 lideranças de quilombolas, indígenas e comunidades tradicionais, representantes de entidades de trabalhadores, empresários, da sociedade civil e especialistas da área.⁹³

Ressalte-se que, apesar de haver influenciado as mudanças constitucionais da década de 1990, ainda assim tal Convenção foi omissa no que tange à proteção da

⁹² Site da Secretaria-Geral da Presidência da República: <http://www.secretariageral.gov.br/art_social/convencao169>.

⁹³ Site da Organização Internacional do Trabalho: <<http://www.oit.org.br/node/777>>.

propriedade intelectual, a um posicionamento mais firme sobre o direito à autodeterminação e à falta de instrumentos de participação dos próprios povos indígenas no controle de sua aplicação.⁹⁴

Completa, ainda, o sistema específico dos instrumentos legais internacionais de proteção dos povos indígenas, a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948 e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racional de 1965.

Tem-se, ainda, o sistema regional de direitos humanos que, nas Américas, efetivou-se pela Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, e pela constituição da Organização dos Estados Americanos.

Por fim, a Assembleia Geral da ONU proclamou, em 2007, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Este, sem dúvida, é o documento internacional mais relevante para os povos indígenas, especialmente no que tange à sua força política, já que sua força jurídica é restrita.⁹⁵ Isso porque, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas e demais declarações não são obrigatórias, mas representam a dinâmica das normas internacionais e traduzem o compromisso dos Estados de se direcionarem para certos caminhos e de se regerem por determinados princípios. Com isso, muito embora não seja um instrumento juridicamente vinculante, a referida declaração estabeleceu um importante padrão de tratamento, uma vez que serve para estabelecer diretrizes para as políticas e legislações nacionais relativas aos povos indígenas, além de reafirmar alguns direitos já estipulados por tratados internacionais, como o direito às terras tradicionalmente ocupadas, aos recursos naturais nelas existentes e à consulta prévia e informada.

Flávia Piovesan ensina que, antigamente, o primado do Direito Internacional era adotado pela jurisprudência brasileira. Isso significa dizer que, antes de 1977, os tratados e as convenções internacionais revogavam a legislação interna e eram observados pelas leis que lhe sobrevissem.

⁹⁴ CHAMERS, Ian. *El Convênio 169 de la OIT: avances y perspectivas*, p. 125, *apud* VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 49.

⁹⁵ VILLARES, Luiz Fernando. *Op. cit.*, p. 50.

A partir de 1977, houve uma tendência da doutrina brasileira em acolher a concepção de que os tratados internacionais e as leis federais apresentavam a mesma hierarquia jurídica. Por isso, à hipótese, aplicava-se o princípio segundo o qual “a lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível”.⁹⁶ A referida postura foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 naquele mesmo ano e reiterada mesmo após a promulgação da CF/88.⁹⁷

Ocorre que, Piovesan entende que o art. 5º, § 2º, da CF/88,⁹⁸ conferiu tratamento jurídico diferenciado aos tratados internacionais de direitos humanos em virtude de seu caráter especial,⁹⁹ distinguindo-os dos tratados internacionais comuns. Com efeito, sustenta que a Constituição de 1988 possibilitou um sistema misto disciplinador dos tratados, pois assegurou aos tratados internacionais de direitos humanos garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional.¹⁰⁰

Ainda admitindo um sistema misto disciplinador dos tratados, a autora registra a existência de mais duas correntes doutrinárias: a que sustenta a hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos,¹⁰¹ e a que defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal dos tratados de direitos humanos.¹⁰²

⁹⁶ A autora rebate afirmando que essa concepção tanto compromete o princípio da boa-fé como afronta a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 119.

⁹⁷ HC 72.121/RJ, de 22.11.1995; HC 76.561/SP, Plenário, 27.05.1998; ADI 1.480-3/DF, 04.09.1997; e, RE 243.613, 27.04.1999.

⁹⁸ “Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁹⁹ Sob este aspecto, a autora esclarece que, enquanto os tratados internacionais buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, os tratados internacionais de direitos humanos transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, objetivando a salvaguarda dos direitos do ser humano. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 121).

¹⁰⁰ Contrariando esse posicionamento, temos: Francisco Rezek, que, em sua obra “Direito internacional público”, defende a paridade entre tratado internacional e lei federal. Já Luiz Flávio Gomes em “A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (*Revista dos Tribunais*, v. 83, n. 710, p. 30), assegura que, quando a norma internacional apenas repetir ou explicitar um texto constitucional, ela tem a natureza deste. Todavia, se a norma internacional refletir outro direito não previsto na CF/88, tem força de lei ordinária.

¹⁰¹ Por todos, Agustín Gordillo, para quem “as características da Constituição, como ordem jurídica suprema do direito interno, são aplicáveis em um todo às normas da Convenção, enquanto ordem jurídica suprema supranacional”. *Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general*, pp. 53 e 55, apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 124.

¹⁰² O Min. Sepúlveda Pertence, por ocasião do julgamento do RHC 79.785/RJ, divorciou-se da tese majoritária do STF, à época, a respeito da paridade entre tratados internacionais e leis federais, para encampar a tese da supralegalidade.

Flávia Piovesan insiste na tese de que o novo dispositivo do art. 5º, § 3º, da CF/88, reconhece a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, corroborando a existência de um regime jurídico misto, o qual diferencia os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial.¹⁰³

Acrescenta que, com o advento do § 3º do art. 5º da CF/88, duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos surgem: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais. Importante frisar que, por força do § 2º do art. 5º da CF/88, todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, ao passo que a constitucionalidade formal é adquirida a partir do § 3º do art. 5º da CF/88, mediante sua aprovação com observância do quórum estabelecido, equiparando-se às emendas constitucionais.¹⁰⁴ A utilidade de tal diferenciação consiste na possibilidade de o tratado ser denunciado.¹⁰⁵ Com efeito, entre essas duas espécies, apenas os tratados materialmente constitucionais são suscetíveis à denúncia.

Pois bem, conforme se observa, a forma como a doutrina e a jurisprudência concebem a hierarquia dos tratados internacionais sofreu muitas alterações no decorrer do tempo, podendo-se falar em verdadeiro avanço, especialmente a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a aprovação da Emenda Constitucional 45. Não obstante as reticentes divergências, é inevitável falar-se em maior proteção aos direitos humanos. Portanto, após essa breve síntese sobre o tema, pertine, ainda, a este trabalho esclarecer como os tratados de direitos humanos são incorporados no ordenamento interno.

Por isso, convém observar que, para Flávia Piovesan, a Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5º, § 1º, ao dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados de proteção dos direitos humanos. Adota, pois, a concepção monista, segundo a qual o Direito Internacional e o direito interno correspondem a uma mesma unidade, inexistindo limites entre os ordenamentos jurídicos correspondentes. Por consequência, sua incorporação no âmbito interno não deve ficar condicionada a outro ato. Difere-se, portanto, da sistemática da incorporação legislativa aplicada aos tratados tradicionais,

¹⁰³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 138.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 139.

¹⁰⁵ Ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado, de acordo com Flávia Piovesan (*Op. cit.*, p. 138).

segundo a qual se exige que, após a ratificação, um ato com força de lei confira sua execução e cumprimento no plano interno. Isso porque, exceto na hipótese de direitos humanos, a Constituição não dispõe acerca da relação entre o Direito Internacional e o interno, razão pela qual a doutrina dominante tem entendido que o Brasil não adota a corrente monista na espécie, mas sim a dualista na espécie.

Afirma Piovesan que:

“§ 3º do art. 5º tão somente veio a fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos. Isto é, não parece razoável, a título ilustrativo, que, após todo o processo solene e especial de aprovação do tratado de direitos humanos (com observância do quórum exigido pelo art. 60, § 2º), fique a sua incorporação no âmbito interno condicionada a um decreto do Presidente da República”.¹⁰⁶

Não obstante tais ponderações, o STF tem exigido a expedição de tal decreto, como um momento crucial no processo de incorporação dos tratados, sendo uma manifestação essencial e insuprimível, pois assegura que o tratado seja promulgado internamente, garantindo a publicidade e conferindo executoriedade ao tratado ratificado, ocasião em que passa a vincular e a obrigar as normas oriundas de tratados internacionais no plano do direito positivo interno.¹⁰⁷

Mas, afinal de contas, qual é o impacto jurídico que os tratados internacionais de direitos humanos produzem no Direito Interno brasileiro?

Considerando a natureza constitucional dos direitos enumerados nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, Piovesan prevê três hipóteses de impacto jurídico.

A primeira delas consiste na possibilidade de o tratado reproduzir direito assegurado pela Constituição. Isso ocorre porque o Direito Interno Brasileiro, especialmente a Constituição de 1988, contém inúmeros dispositivos que coincidem com os enunciados contidos nos tratados, o que reflete o fato de o legislador nacional buscar inspiração naqueles, bem como a sua preocupação em ajustar o Direito Interno às

¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 152.

¹⁰⁷ A respeito, ver ADI 1.480/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU 13.05.1998.

obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado Brasileiro. Na hipótese, os tratados internacionais de direitos humanos reforçam o valor jurídico dos direitos constitucionalmente assegurados. Por consequência, a violação do direito acarreta responsabilização nacional e internacional.

Mas um segundo impacto jurídico também pode ocorrer. É a hipótese de o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao ser incorporado ao Direito Interno, ensejar uma integração, uma complementação, um alargamento do universo de direitos nacionalmente garantidos. Na espécie, os tratados reforçam a Carta de direitos prevista constitucionalmente, complementando-a com a inclusão de novos direitos.

Ainda se faz possível uma terceira hipótese no campo jurídico: eventual conflito entre Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno. Eis a hipótese mais problemática, que faz o aplicador do direito questionar sobre como solucionar eventual conflito entre a Constituição e determinado tratado internacional de proteção dos direitos humanos.

Para o caso, explica Piovesan,¹⁰⁸ deve-se lançar mão de um critério de solução de conflito diferenciado, peculiar ao conflito em questão, que é consagrado tanto pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos¹⁰⁹ como na jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais.¹¹⁰ Fala-se, então, na primazia da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana.

Esse critério foi utilizado pelo Min. Celso de Mello, quando do julgamento do HC 96.772,¹¹¹ ocasião em que aplicou a hermenêutica mais favorável à vítima como critério a reger a interpretação do Poder Judiciário. Na espécie, fala-se que os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos

¹⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 164.

¹⁰⁹ Flávia Piovesan elenca dispositivos que abordam o critério da escolha da disposição mais favorável à vítima em sua obra *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 165: art. 5º (2) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; art. 5º (2) do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais; art. 23 da Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres; art. 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança; art. 29, b, da Convenção Americana de Direitos Humanos; arts. 13 e 14 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; art. 5º da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados; e art. 60 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

¹¹⁰ Nesse sentido: decisão da Comissão Europeia de Direitos Humanos sobre a admissibilidade da Petição 235/1956 e o Parecer da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Condição Obrigatória de Membro em uma Associação de Jornalistas.

¹¹¹ Julgado em 09.06.2009.

nacionalmente consagrados, seja para reforçar sua imperatividade, para adicionar novo direito ou para suspender preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos.

Em conclusão, ressalte-se que, em todas as hipóteses, de acordo com a professora Piovesan, “os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm aprimorar e fortalecer, mas nunca restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno”.¹¹² E isso é de extrema importância para se construir os parâmetros com que se deve fitar e compreender os direitos constitucionais indígenas.

Assim sendo, se o direito dos índios sobre suas terras está contemplado em vários documentos internacionais de declaração de direitos humanos, pode-se, então, considerá-lo um direito fundamental, sustentando a legitimidade e a repercussão desse direito internacionalmente reconhecido.

4. CONCLUSÃO

Para melhor compreensão de qualquer assunto ligado aos povos indígenas, antes é necessário conhecer alguns conceitos e terminologias utilizados nas referências aos índios, como indivíduos ou comunidade.

A evolução do direito dos povos indígenas no Brasil no período colonial e vai até a Constituição Federal de 1988. Nessa linha do tempo, há que se reconhecer que a Constituição da República de 1988, como nenhuma outra, demonstrou enorme preocupação com o reconhecimento e a proteção necessária para salvaguardar a cultura, modo de vida, *habitat* e proteção a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, declarando-as inalienáveis e indisponíveis, assegurando aos seus habitantes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 4º, da CF/88).

Essa preocupação não foi fruto do acaso e tem uma razão muito simples de ser: a terra (e os rios que a banham) tem um valor sagrado para os índios, pois é dela que brotam as condições para a sua sobrevivência física e cultural, motivo pelo qual a sua

¹¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 171.

proteção e dos seus recursos naturais é questão nuclear para a garantia dos demais direitos constitucionais assegurados aos índios individualmente e coletivamente.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 encerrou a política integracionista defendida pelas constituições anteriores. Assim, é possível observar que, depois de quase quinhentos anos de integração forçada, os índios brasileiros, como de resto, os índios da América Latina como um todo, vêm adquirindo o direito de continuarem a ser índios.

Ademais, a Constituição Brasileira de 1988 reconheceu a diversidade étnica dos índios no momento em que definiu os seus direitos fundamentais. Afinal, não se poderia falar em direitos fundamentais dos índios sem lhes garantir o direito à sua autodeterminação étnico-social.

Vale lembrar também, que a Constituição Federal em seu art. 231, trata da posse dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas e, com isso, faz frente ao direito fundamental de propriedade civil dos não indígenas. Outrossim, nos termos do § 6º do mesmo artigo, a tradicionalidade acarreta a nulidade de todos os atos jurídicos em sentido contrário.

Deveras, é de suma importância o reconhecimento da relação dos povos indígenas com as terras tradicionalmente por eles ocupadas. Essa relação dos índios com a terra é transmitida através das gerações, que envolve a consciência e a sobrevivência dos integrantes dessas comunidades. Portanto, é um direito essencial, inalienável e intransferível.

O reconhecimento da posse indígena as terras tradicionalmente ocupadas, faz gerar o direito de propriedade para um outro sujeito – a União. Aos índios cabem a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas destas terras. Qualquer ato que tenha por objeto a posse, o domínio ou a ocupação das terras indígenas será conseqüentemente nulo, tendo por extintos todos os seus efeitos.

Este direito à ocupação das terras tradicionais é direito fundamental e, como expressão da dignidade humana, atuará como elementos de concretização dessa dignidade sempre que ocorrer a sua violação.

Assim, sendo o direito dos índios originário, anterior à instituição do próprio Estado brasileiro e a todas as suas constituições, independe de qualquer ato formal que o defina e o legitime. Portanto, quando do nascimento do índio, já se adquire a posse sobre as terras que nasceu. A própria demarcação das terras, objeto da posse indígena, pelo

Poder Público, não constitui o direito dos índios, tem apenas o fim de facilitar a sua proteção. Portanto, trata-se de direito fundamental para existência desses povos.

Nesse sentido, importante ressaltar a relevância do ordenamento jurídico infraconstitucional relativo aos direitos indígenas, bem como do direito internacional no fortalecimento da proteção das comunidades indígenas, uma vez que se o direito dos índios sobre suas terras está contemplado em vários documentos internacionais de declaração de direitos humanos, pode-se, então, considerá-lo um direito fundamental, sustentando a legitimidade e a repercussão desse direito internacionalmente reconhecido.

Em suma, apesar da aparente evolução positiva causada com a promulgação da Constituição de 1988, é necessário, contudo, esclarecer que este não é o termo inicial à aquisição de direitos por parte dos índios, pois são direitos originários, anteriores ao processo de colonização, não sendo possível, portanto, o reconhecimento de um marco temporal para um direito que sempre existiu.¹¹³

REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil*. Orientador: Gilberto Bercovici. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O Supremo Tribunal Federal e o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. *STF e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Robério Nunes dos Anjos Filho (org.). Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. O Supremo Tribunal Federal e os direitos dos povos indígenas. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ANTUNES, Paulo Bessa. *Ação civil pública, meio ambiente e terras indígenas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1998.

ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹¹³ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*, pp. 212-213.

BIGIO, Elias dos Santos. *Cândido Rondon: a integração nacional*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo. *História do direito brasileiro*. Eduardo C. B. Bittar (org.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

_____. O futuro da questão indígena. Conferência do Mês do IEA-USP feita pela autora em 28 de setembro de 1993. *Estudo Avançados*, v. 8, n. 20, 1994.

_____. Os índios no direito brasileiro hoje. *Os direitos do índio, ensaios e documentos*. Manoela Carneiro da Cunha. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. Terra indígena: história da doutrina e da legislação. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. Manuela Carneiro da Cunha (org.). São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. *Legislação indigenista no século XIX: uma compilação (1808-1889)*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Comissão Pró-Índio, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos humanos dos povos indígenas. *Brasil. Direitos Humanos 2008: a realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

Manuela Carneiro (org.). Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. *Revista Informação Legislativa*, a. 28, n. 111. Brasília, jul./set. 1991.

GÓES, Ione. *Movimentos ambientalistas: trajetória histórica*. Disponível no Site de Lígia Tavares. <www.juvenioterra.com.br/virtual/texto_ambientalistas.doc>. Acesso em: 16.01.2021.

GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*, v. 83, n. 710.

GOMES, M. F.; FREITAS, F. O. *Direitos fundamentais e dignidade humana*. Disponível em: <http://www.ambito-jurídico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404 - >. Acesso em: 25.01.2021.

_____. *Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Contexto, 2012.

GOMES, Mércio Pereira. *Os índios do Brasil*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRABNER, Maria Luiza (coord.). *Manual de atuação do Ministério Público federal*. Territórios de povos e comunidades tradicionais e as unidades de conservação de proteção integral 6ª Câmara de coordenação e revisão. Disponível em: <www.mpf.mp.br/atuacaotematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/docs/manual-deatuacao-territorios-de-povos-e-comunidades-tradicionais-e-as-unidades-deconservacao-de-protecao-integral>. Acesso em: 15.02.2021.

GRABNER, Maria Luiza. *Conhecimentos tradicionais: proteção jurídica e diálogo intercultural*. Orientador: Dalmo de Abreu Dallari. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

JOAQUIM, Ana Paula. *Direito constitucional indígena: uma análise à luz do caso Raposa/Serra do Sol*. Orientador Dalmo de Abreu Dallari. 2013. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Trad. por Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

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: 15.01.2021.

MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. Edição Fac-Similar. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MENDES JÚNIOR, João. Parecer sobre o regime constitucional das terras ocupadas pelos silvícolas. *Os direitos dos povos indígenas na Constituição*. *Boletim Jurídico*. São Paulo: Comissão Pró-Índio, ano VI, n. 13-14, 1989.

NERY JUNIOR, Néelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Edson Antonio Baptista. *Fundamentos filosóficos dos direitos fundamentais dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam*. Disponível em: <https://edsonbaptistanunes.jusbrasil.com.br/artigos/450241003/fundamentos-filosoficos-dos-direitos-fundamentais-dos-povos-indigenas-sobre-as-terras-que-tradicionalmente-ocupam>>. Acesso em: 15.01.2021.

OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manuel de. Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria. O Decreto Legislativo n. 5.484, de 1928. *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Juruá, 1992.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas: uma avaliação preliminar de seu reconhecimento oficial e de outras destinações sobrepostas. *Terras Indígenas do Brasil*. Rio de Janeiro: (PETI), CEDI (Centro Ecumênico de Documentos e informação), Museu Nacional, 1987.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Darcy. *Falando dos índios*. Brasília: Editora UnB, 2010.

_____. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

RODOTA, Stefano. *El terrible derecho – Estudios sobre la propiedad privada*. Madrid: Civitas, 1986.

RODRIGUES, José Honório. *A Assembleia Constituinte de 1823*. Petrópolis: Vozes, 1974.

SANTILLI, Juliana. *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

SANTOS, Luciano Gersem dos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. por Laura Teixeira Motta. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. Autoaplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal. Palestra proferida em ciclo de estudos jurídicos sobre direito Indigenista, sob o patrocínio da Comissão Pró-Índio de São Paulo. *Boletim Jurídico*, Comissão Pró-Índio, São Paulo, n. 3, 1984.

_____. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Parecer sobre marco temporal e renitente esbulho*. São Paulo, 2016. Disponível em:

<https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_pdf>. Acesso em: 16 dez. 2019.

_____. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Lázaro 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.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Editora Café com Lei, 2015.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de*

personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUZA FILHO, Carlos Federico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

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

TEIXEIRA, Vanessa. *Terras indígenas no Brasil*. Tese de Láurea apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

TERRAS Indígenas do Brasil. Rio de Janeiro: (PETI), CEDI (Centro Ecumênico de Documentos e informação), Museu Nacional, 1987, 1995.

VATTEL, Emmerich. *O direito das gentes*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008. Título original: *Le droit des gens*.

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

VITORIA, Francisco de. *Sobre el poder civil, sobre los indios sobre el derecho de la guerra*. Madrid: Tecnos, 1998.

SITES

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>>.

Acesso em: 12.02.2021.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em:

12.02.2021.

BRASIL. *Decreto n. 736, de 6 de abril de 1936*. Disponível em: <[https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-736-6-abril-1936-](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-736-6-abril-1936-472619-publicacaooriginal-1-pe.html)

[472619-publicacaooriginal-1-pe.html](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-736-6-abril-1936-472619-publicacaooriginal-1-pe.html)>. Acesso em 12.02.2021.

BRASIL. *Lei de 10 de setembro de 1.066*. Disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2009/12/lei-de-10-desetembro-de-1611.html>>.

Acessado em: 12.02.2021.

BRASIL. *Lei de 30 de julho de 1609*. Disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2009/12/lei-de-30-de-julho-de-1609.html>>.

Acessado em: 12.02.2021.

BRASIL. *Lei Federal n. 5.371, de 05 de dezembro de 1967*. Autoriza a

instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5371.htm>. Acesso em: 12.02.2021.

BRASIL. *Lei Federal n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 12.02.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 79.812/SP*. rel. Min. Celso de Mello. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78158>>. Acesso em: 12.02.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 85.327/SP*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79846>>. Acesso em: 12.02.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 86.000/PE*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402410>>. Acesso em: 12.02.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet. 3.388ED/RR*. Rel. Min. Carlos Britto. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 12.02.2021.

Carta da Organização dos Estados Americanos. Artigo3(d). Disponível em:
<http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm#ch2>. Acesso em: 12.02.2021.

Carta Régia de 16 de março de 1819. Disponível em:
<<https://www.dropbox.com/s/txwz7qkklpy12sd/1819-03-26.pdf>>. Acesso em: 12.02.2021.

FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/quem/historia/spi.htm>>. Acesso em: 12.02.2021.

IBGE. Disponível:
<<https://censo2010.ibge.gov.br/noticiascensobusca=1&id=3&idnoticia=2194&t=censo->

[2010-poblacao-indigena-896-9-mil-tem-305-etnias-fala-274&view=noticia](#)>. Acesso em: 12.02.2021.

Povos Indígenas no Brasil – Instituto Socioambiental. Disponível: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/declaracao-da-onu-sobre-direitos-dos-povos-indigenas>>. Acesso em: 19.12.2019.

Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH>. Acesso em: 12.02.2021.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Declaração dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 12.02.2021.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas: perguntas e respostas*. 2. ed. Rio de Janeiro: UNIC; Brasília: Unesco, 2009. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 12.02.2021.

Secretaria-Geral da Presidência da República Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/art_social/convencao169>. Acesso em: 12.02.2021.