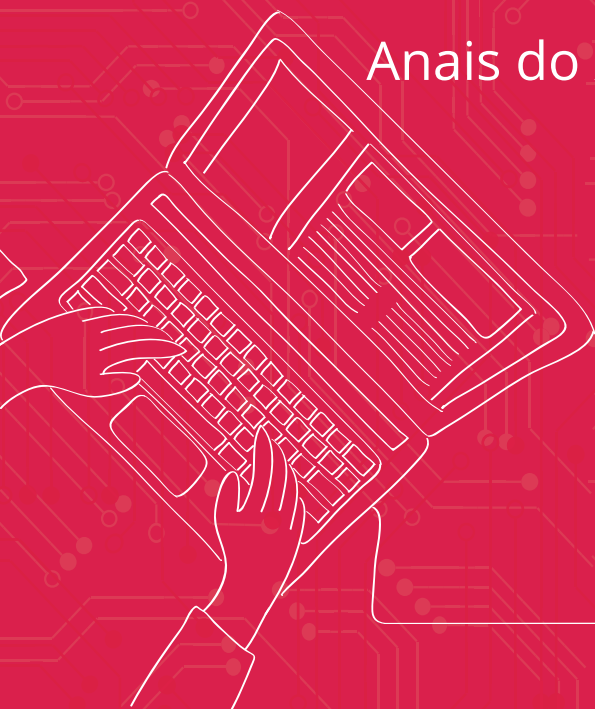




XI CONGRESSO DE DIREITO DE  
AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

# **ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO**

Anais do XI CODAIP



# XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**DIREITO DE AUTOR E OS  
PRIMADOS CONSTITUCIONAIS:**  
Acesso à Cultura e ao  
Conhecimento

Título:

**FUNÇÃO SOCIAL DA  
PROPRIEDADE INDÍGENA E  
OS DIREITOS CULTURAIS**

**Augusto Rodrigues de Freitas  
Allan Rocha de Souza**



## FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INDÍGENA E OS DIREITOS CULTURAIS <sup>1</sup>

**Autores:** Augusto Rodrigues de Freitas<sup>2</sup>; Allan Rocha de Souza<sup>3</sup>.

**Instituição:** Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro / Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR)

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo servir de exposição de análise desenvolvida a fim de pormenorizar o contexto histórico bem como o estado atual de efetivação da proteção concernente não só à propriedade *latu senso* como, mais especificamente, à propriedade indígena. Não menos importante, através deste trabalho, ocorre também a elucidação quanto ao entendimento e proteção dados pelos Tribunais Superiores no que tange ao seu usufruto pelos povos originários. Conclui-se que, hoje, a propriedade se verifica de forma muito mais funcionalizada do que em um passado não muito distante e que o entendimento das cortes superiores vem se voltando mais a proteção de interesses existenciais, em detrimento de individuais.

**Palavras-Chave:** Propriedade Indígena. Direitos Culturais. Função Social.

---

1 Este trabalho foi desenvolvido sob orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza e contou, em parte, com o apoio financeiro do INCT PROPRIETAS e do CNPq.

2 Acadêmico de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ – ITR). Pesquisador de Iniciação Científica do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. E-mail rodrigues.af97@gmail.com. CV Lattes <http://lattes.cnpq.br/1603736620156503>.

3 Professor e Pesquisador de Direito Civil e Propriedade Intelectual no Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR). Professor e Pesquisador de Políticas Culturais e Direitos Autorais no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento na UFRJ (PPED/IE/UFRJ). Pesquisador Visitante do Oxford Intellectual Property Research Centre (OIPRC), Faculty of Law, Oxford University. Vice Coordenador e Pesquisador do INCT PROPRIETAS. Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: [allansouza@gmail.com](mailto:allansouza@gmail.com). CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>

## 1. INTRODUÇÃO

O trabalho, que será desenvolvido no contexto da Rede INCT Proprietas e do Grupo de Pesquisa de Direitos Fundamentais Relações Privadas e Políticas Públicas - coordenado pelo Professor Allan Rocha de Souza - se apresenta como um esboço de uma pesquisa muito mais vasta que está se iniciando, tendo como objetivo tratar de garantias dadas aos povos indígenas, mais especificamente nos voltaremos ao estudo da questão da propriedade indígena, pormenorizando-a e mostrando um pouco de sua relação com os direitos culturais.

No decorrer de nosso estudo, trataremos inicialmente da questão da funcionalização da propriedade iniciado no século XX, junto com toda uma modificação hermenêutica do Direito por completo, e que até hoje ganha contornos diversificados, deixando de ser objeto das vontades de um indivíduo e passando a levar em conta também outros preceitos, interesses de suma importância que não só os do proprietário.

Será analisada a forma como o constituinte originário tratou da propriedade quando da elaboração da Constituição de 1988 e como as Cortes Superiores vêm formatando seu entendimento sobre tema tão caro, desde então.

Ato contínuo, trataremos da importância dada aos povos indígenas de acordo com as normas constitucionais, através de uma breve síntese histórica das garantias que foram estabelecidas nas mais diversas codificações pátrias em paralelo a uma sistematização e posterior explicação das normas e de sua aplicabilidade na atual conjuntura.

Não menos importante, o desmembramento de dois julgados do STF que demonstram um pouco do que lutam as populações indígenas para ter direitos, garantidos por lei, cumpridos na prática, servindo de forma a revelar a forma pela qual são vistos, não só por uma pequena parcela da população, porém chegando até representantes de governos de estados componentes da União que deveriam, em tese fazer valer o

que foi disposto em 88 e não marginalizar e caçar povos que formaram em grande parte a nossa cultura, história, de nosso gene, quando em detrimento de outros interesses.

Ampliaremos também a partir desse estudo a ideia quanto à interação da questão da propriedade indígena e os direitos culturais, uma vez que o solo para esse povo não tem apenas a função de servir como abrigo - fator que já deveria ter grande relevância na prática - mas servindo também como forma de immortalizar sua história - através da passagem de geração para geração - e de fazer florescer e ganhar público a sua cultura.

## **2. PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL**

A propriedade visualizada a partir de uma diretriz funcionalizada no contexto do direito brasileiro na virada do século XIX para o XX era, no mínimo, de difícil desenredo para qualquer operador, doutrinador ou interessado na área jurídica. Parte pelo papel da constituição no ordenamento; parte por características da sociedade da época.

Esse instituto se modifica a partir da segunda metade do século XX em que, por meio de um processo de constitucionalização do ordenamento, ocorre uma modificação no processo de elaboração e interpretação das normas integrantes do texto constitucional, que começa a ter maior visibilidade e buscar responder aos anseios sociais.

A partir daí inicia-se um processo de constitucionalização pelo a carta constitucional deixa de ser mero regulador da estrutura estatal para se tornar o texto jurídico fundamental com força jurídica e eficácia normativa e efetivamente assumindo sua posição no centro do ordenamento, espalhando seus efeitos por todos os ramos do ordenamento, tanto os tradicionalmente de direito privado quanto do público. Um dos resultados desta transformação hermenêutica a funcionalização das normas jurídicas, pois

Os institutos jurídicos, partes integrantes da vida de relação, passam a ser estudados não apenas em seus perfis estruturais (sua constituição e seus elementos essenciais), como também – e prin-

cialmente – em seus perfis funcionais (sua finalidade, seus objetivos). (MONTEIRO FILHO, 2014, p.13).

Um dos efeitos deste processo de transformação é a incontestável modificação no entendimento da propriedade e do conjunto de direitos e deveres que com ela despontam, ao ponto de podermos apenas considerá-la como legítima de proteção quando e enquanto atender aos anseios comunitários incidentes. Deste modo, como resultado dessa série de modificações, representadas nas mais diversas codificações a partir de então, o processo de funcionalização da propriedade se concretiza conceitualmente com a passagem de um entendimento da propriedade como instituto de plena sujeição às vontades de seu dono, para um que exige a satisfação da função social como dever essencial .

Exemplo máximo da posição conquistada por este instituto a partir do processo de constitucionalização e com o desenvolvimento de novas regulamentações se faz claro com a posição e importância dadas pelo constituinte originário que elencou como garantia fundamental no inciso XXII, do artigo 5º da Constituição Federal<sup>4</sup> o direito à propriedade, condicionando sua efetiva proteção à função social logo em seguida, no inciso XXIII<sup>5</sup>, obrigando sua integração.

Outrossim, foram estipulados alguns critérios objetivos para a funcionalização do instituto, como observamos, por exemplo, nos artigos

---

4 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XXII - é garantido o direito de propriedade; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

5 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

182<sup>6</sup> e 186<sup>7</sup>, referentes às propriedades urbana e rural, , evidenciando-se assim a importância dada pelo constituinte originário ao tema, dado que o mesmo objetivou

(...) incentivar as condutas coletivamente favoráveis, instituindo sanções positivas que se mostram capazes de estimular as atividades do proprietário, constituindo uma genuína obrigação de fazer e não fazer em prol da coletividade. (BOBBIO *apud* SOUZA; FAIRBANKS, 2016, p. 8)

Parte-se hoje da premissa de que a função social é intrínseca à ideia de propriedade, uma vez que todo instituto engloba suas próprias estrutura e função, não ocorrendo porém um embate entre os interesses sociais e a vontade do proprietário, mas uma garantia da propriedade na justa medida da satisfação de sua função social. . Neste sentido, expõe Tepedino

A função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário em toda sua essência, constituindo '*il titolo giustificativo, la causa*

---

6 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. . Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

7 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

*dell'attribuzione* dos poderes do titular, ou seja, *'il fondamento dell'attribuzione, essendo divenuto determinante, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo com la sua appartenenza ad um organismo sociale'*. (TEPEDINO, 2004, p. 318)

Ao passo que o proprietário continua como principal beneficiário da proteção proprietária ao bem, o real objetivo do instituto se afasta da definição de poder absoluto entranhado na ideia de direito subjetivo, buscando sua concretização no interesse social, mas não negativamente, como uma limitação extrínseca, mas intrinsecamente, como pressuposto inafastável para a garantia da proteção jurídica.

Não menos importante, após modificação conceitual e hermenêutica trazida a cabo com o processo de constitucionalização e funcionalização, a noção de propriedade perdeu sua rigidez clássica, substituindo a visão estática do instituto pelo reconhecimento de sua dinamicidade. Deste modo sua área de atuação se amplia de forma a abarcar não só o uso, o gozo e a disposição de um bem físico, alargando-se para atender a questões como: impostos, política urbana, política agrícola e fundiária. O processo de funcionalização não se limita, contudo, à propriedade imobiliária, mas alcança os diversos tipos de propriedade, como, por exemplo, a propriedade industrial, autoral.

Diante de inigualável modificação interpretativa, levada a cabo por um processo de constitucionalização não só do direito privado, mas do ordenamento como um todo, cabe ao judiciário, através de uma atuação voltada ao efetivo controle da aplicação das diretrizes constitucionais, concretizar estas determinações ao julgar os casos que se apresentam.

Seguindo esta linha, diversos tribunais pátrios vêm desempenhando seu papel de forma a contribuir para o avanço da matéria, pelo menos no que tange a funcionalização da propriedade privada, como se pode perceber, por exemplo, pelo julgado do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao ingresso de pacientes e de médicos não componentes de seu corpo de funcionários:

(...) daí que a sentença, baseando-se na função social da propriedade, e se louvando igualmente, no particular, em prestígio

doutrina, deu à espécie, a meu sentir, correta solução. Com efeito, no caso de internamento de pacientes, existe interesse maior (do próprio paciente, ou de seu médico), e olhem que a saúde é de todos embora seja dever do Estado!, interesse que nem sempre há de coincidir com o do proprietário do hospital privado. (...) o direito aqui nestes autos proclamado não se choca com o direito de propriedade, pois este, em sendo um direito, é um direito sujeito a limitações, ou, noutras palavras, a propriedade é privada, mas a sua função é social. (STJ, REsp. nº 27.039-3/SP, voto do Ministro Nilson

Naves, 1993)

Ou em situações como a do recurso extraordinário 422.349, originalmente do estado do Rio Grande do Sul, analisado pelo Supremo Tribunal Federal, que em um conflito sobre a metragem do plano diretor municipal e usucapião urbano, foi garantido a usucapião de terreno com metragem inferior ao mínimo exigido no plano diretor municipal.<sup>8</sup>

Porém, quando tratamos de propriedades públicas - que após a modificação hermenêutica resultante da funcionalização da propriedade, têm condão de não ser apenas uma forma de atender as necessidades da população, porém de cumprir com o papel de provedor de ferramentas para sanar as necessidades de caráter social - a atuação do judiciário se mostra defasada, não condizente com o que atualmente se espera, deixando claro que avanço foi obtido no que concerne à propriedade privada, como mencionado, fator que não acoberta a necessidade de melhora quanto à proteção insuficiente da função social da propriedade pública.

Conforme visto, em razão da funcionalização ocorrida a partir do início do século XX que além de modificar a hermenêutica jurídica, colocando como centro do sistema jurídico a Constituição Federal, com normas capazes de gerar unicidade e mediar conflitos gerados a partir de interpretações divergentes e legislação contraditória, traz em seu bojo a necessidade de cumprimento de pressupostos relacionados ao atendimento de interesses existenciais e sociais, extra proprietários, como

---

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 422.349/RS. Voto do Min. Dias Toffoli. Brasília, 29 de abril de 2015, p. 13. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9046379>>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.

única forma de garantia da propriedade por parte do Estado.

Hoje a função social tem um papel tão essencial em nosso ordenamento que se destaca em sua importância, contando com uma série de critérios objetivos e normas específicas em diversas regulações que possuem como objetivo apresentar formas diferentes de atender às demandas sociais para cada tipo de propriedade.

Em uma análise prática, percebe-se que o entendimento dos tribunais vem sendo modificado à medida que vão sendo apresentadas causas relacionadas a conflitos do gênero, mostrando-se pacíficos em decisões sobre a necessidade de atendimento da função de certas propriedades, tendo, porém, uma atuação menos satisfatória quanto a outros tipos proprietários. Almejamos que, com o passar do tempo e com o enfrentamento de uma maior variedade de questões, os mais diversos empecilhos possam ser superados com maior efetividade. É neste contexto que se situa a questão da propriedade indígena, que será abordada a seguir.

### **3. PROPRIEDADES INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Objeto de um processo de modificação da hermenêutica constitucional na qual foi deixado de ser levado em conta apenas o caráter estrutural do Direito, voltando-se mais ao compromisso de atendimento a demandas de caráter existencial, o constituinte originário estabeleceu um rol de normas a fim de ampliar a visibilidade, respeito, de forma a favorecer a inclusão dos mais diversos grupos minoritários e marginalizados. Foi estabelecido um rol normativo voltado não só à proteção da propriedade como à atuação do Estado a fim de valorizar a cultura, história e princípios dos povos indígenas.

A proteção aos grupos indígenas já foi objeto de codificações anteriores - sendo a Carta Régia de 30 de julho do ano de 1609<sup>9</sup> o

---

9 Apontamentos sobre a legislação colonial e imperial voltada ao tratamento das terras ocupadas pelos índios no Brasil, 2012. Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com.br/search/label/ind%C3%ADgenas>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

primeiro documento a reconhecer o direito de posse por esses povos. Outros exemplos normativos são a norma de 06 de junho do ano de 1755<sup>10</sup>, determinando a concessão de sesmarias de terras aos habitantes originários; ou a a Lei 601 de 18 de setembro de 1850<sup>11</sup>, que determinava a criação de reservas fundadas à proteção desses povos; o Código de 1934<sup>12</sup> que garantia, em seu artigo 129, o direito dos índios terem sua posse permanente respeitada, desde que não viessem a alienar os territórios que estivessem em seu poder. No entanto, a Constituição Federal de 1988 atribuiu a mais vasta gama de garantias aos nativos brasileiros, através da criação de diversos dispositivos voltados tanto à proteção de suas terras quanto à valorização e perpetuação de sua cultura.

O Título VIII - DA ORDEM SOCIAL, da Constituição Federal contém oito capítulos sendo que um deles, o VII, inteiramente dedicado aos direitos dos povos indígenas, nos artigos 231 e 232.

O artigo 231<sup>13</sup> da Constituição Federal estabelece que “são

---

10 Lei de 6 de junho de 1755. Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/42zthurp3x8yg2d/1755-06-06.pdf>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

11 Lei Nº 601, de 18 de setembro de 1850. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm). Acesso em 29 de setembro de 2017.

12 Constituição da república dos estados unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em 29 de setembro de 2017.

13 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo

reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. Assim reconhece a singularidade desses povos, e ao mesmo tempo sua diversidade e variedade internas, também buscando garantir o direito originário de ocupar as terras que tradicionalmente já os pertenciam, determinado à União a competência para demarcá-las.

A questão da terra se torna então um ponto crucial dentro da discussão no que tange aos direitos indígenas, pois, para esses povos ela tem um valor ligado tanto à sobrevivência física como cultural e, sendo assim, nenhuma proteção efetiva estará sendo dada aos povos originários se a posse permanente e a possibilidade de seu usufruto não forem legitimadas.

O legislador constitucional reconheceu essas terras como direito originário dos povos indígenas, concordando com a proposição do Instituto do Indigenato<sup>14</sup>, chancelando o princípio de que, nas terras oferecidas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, seus legítimos e iniciais detentores. Sendo assim a Constituição Federal firmou o entendimento de que, por aqui habitarem desde tempos remotos, os povos indígenas têm direitos independentes da atribuição de quaisquer títulos de propriedade.

Vale ressaltar que esse instituto não se confunde com da ocupação, pressuposto para a caracterização de posse territorial, uma vez que

independente de legitimação e a ocupação, um fato posterior que

que cesse o risco. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º. ; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

14 Os índios em face à Constituição Federal/88, 2004. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1602/Os-indios-em-face-a-Constituicao-Federal-88>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

depende de requisitos que a legitimem.

Ressalta-se que foi estipulado na Constituição Federal, no artigo 20, mais especificamente no inciso XI<sup>15</sup>, o pertencimento das terras originalmente ocupadas por povos indígenas à União, sendo vinculado no artigo 22, XIV<sup>16</sup>, o dever da União de legislar sobre as populações indígenas em sua integralidade.

Já no parágrafo 4º do artigo 231<sup>17</sup> foram determinadas algumas características das terras indígenas, quais sejam: inalienabilidade, não sendo permitida a disponibilização dessas terras a qualquer título; indisponibilidade, não podendo ser destinadas a qualquer outra finalidade que não seja a preservação da vida indígena e, por fim, a imprescritibilidade, de forma que os direitos sobre elas não têm condão de se esvaírem com o passar do tempo.

O parágrafo 1º do artigo 231<sup>18</sup> trata da tradicionalidade das terras ocupadas por povos indígenas, estabelecendo quatro pressupostos necessários à concretização dessa característica, que são os seguintes (i) habitação permanente; (ii) atividades produtivas; (iii) preservação dos recursos ambientais; e (iv) reprodução física e cultural.

Desta forma, a fim de obter a designação como tradicionalmente ocupadas por povos indígenas as terras deverão passar por um estudo a fim de se concluir o real caráter de sua ocupação, se permanente ou não, analisando também se sua destinação se dá em decorrência de atividades produtivas essenciais ao desenvolvimento dos índios. Também deverão ser observadas se as glebas ocupadas são imprescindíveis à preservação dos recursos necessários ao seu bem-estar e, não menos importante, a análise da necessidade de manutenção da posse para fins de reprodução

---

15 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 20 São bens da União: XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

16 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XIV - populações indígenas; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

17 Ibidem, p. 7.

18 Ibidem, p. 7.

física e cultural. Deve-se levar em conta os legítimos usos e costumes de cada população bem como suas tradições durante a aferição dessas características.

A posse aqui tratada não tem o mesmo significado da posse resguardada pelo Código Civil que se relaciona ao poder de fato sobre a coisa, mas sim da posse como habitat físico e cultural. Neste sentido, quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas são destinadas à sua posse em caráter permanente o que se quer é a garantia quanto a uma proteção futura, de forma a estabelecer que essas terras serão para sempre seu habitat independente de demarcação e não estabelecer pressupostos à uma ocupação efetiva.

Já os parágrafos 2º e 3º do artigo 231<sup>19</sup> tratam da questão do uso permanente e privativo dos recursos naturais - recursos hídricos, potenciais energéticos e extração de riquezas minerais - vinculando a exploração e extração dos mesmos pelas iniciativas pública e privada à autorização do Congresso Nacional, devido a sua competência exclusiva (artigo 49, XVI, CF/88)<sup>20</sup>.

Os recursos naturais situados em solo brasileiro são propriedade da União, como consta no artigo 176 da Constituição Federal<sup>21</sup>, porém os povos indígenas gozam de um direito de propriedade pleno, circunscrito à atuação como usufrutuário permanente, podendo explorar a terra, os rios e os lagos que estiverem sobre seus cuidados, desde que legalmente.

---

19 Ibidem, p. 7.

20 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

21 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. § 2º - É assegurada

Em paralelo, pesquisas devem ser desenvolvidas quanto ao proveito das comunidades afetadas, restando-lhes garantida a participação nos lucros obtidos, desde que na forma da lei. Deste modo, em caso de exploração por iniciativas que não encabeçadas por populações nativas, estas têm pleno direito de participarem dos lucros desde que anteriormente ouvidas e respeitadas, cabendo ao Congresso, de modo a dar mais igualdade de direitos e mais visibilidade aos interesses afetados, julgar cada situação com suas respectivas peculiaridades, desde que respeitando os pressupostos estabelecidos nos parágrafos do artigo 176, quais sejam: a prévia autorização ou concessão da União para extração e estudo de recursos minerais e para o aproveitamento de potenciais energéticos, se para interesse nacional ou de empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País.

Todo esse processo deve ser realizado em conformidade com a regulamentação legal, que estabelecerá as especificidades caso estas atividades estiverem sendo realizadas em determinadas condições, como estabelece o parágrafo primeiro. Já o parágrafo segundo versa sobre a participação, predeterminada por lei, do proprietário do solo nos lucros advindos da atividade. No que tange ao parágrafo terceiro, deve haver o respeito ao prazo determinado para as atividades de exploração, sendo vedada a transferência, em todo ou em parte, das autorizações e concessões previstas neste artigo, sem prévia anuência do poder concedente. Finalizando, o parágrafo quarto estabelece que os potenciais de energia renováveis de capacidades reduzidas não dependerão de autorização ou concessão para aproveitamento.

Bem como determina o parágrafo 7º do artigo 231<sup>22</sup>: Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º. Desta forma fica

---

participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei. § 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente. § 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

22 Ibidem, p. 8.

vedado ao Estado fomentar a organização da atividade garimpeira em terras indígenas, bem como privilegiar a entrega destas para a exploração para organizações com ou sem características de cooperação, independente da proteção ambiental destinada à consecução da atividade.

Ato contínuo, o legislador constitucional, no 5º parágrafo do artigo 231<sup>23</sup>, agiu no sentido de vincular também à decisão do Congresso atos que possam remover populações indígenas de suas terras. Hipótese apenas permitida em casos de eminentes catástrofes ou epidemias que possam via a colocar em risco a saúdes dos nativos ou em casos que interessem a Soberania do País, desde que garantida em quaisquer dos casos o retorno imediato após a superação do motivo de remoção.

Não menos importante frisar que o parágrafo 6º<sup>24</sup> estatuiu como nulos e extintos - sendo assim, sem a produção de efeitos jurídicos - atos que tenham como objetivo a ocupação, domínio ou a posse das terras indígenas indicadas no decorrer deste artigo, ou a exploração de qualquer recurso nelas existente se não de acordo com legislação competente e por interesse público ou da União.

De certa forma munindo também os povos indígenas contra quaisquer ataques aos seus interesses, dentre os quais se situam os interesses proprietários de particulares, o legislador originário estatuiu o artigo 232 da Constituição<sup>25</sup> de modo a avalizar a entrada em juízo de índios, suas comunidades e de organizações atuantes em favor de seus interesses, reconhecendo-os como partes legítimas em demandas judiciais. Vincula também que o Ministério Público se faça presente nestes litígios, uma vez que esse tem como uma de suas funções institucionais a de defensor dos direitos e interesses desses povos, como preceitua o artigo

---

23 Ibidem, p. 8.

24 Ibidem, p. 8.

25 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 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; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

129, V<sup>26</sup> da Constituição Federal. Determinado em seu artigo 109, XI<sup>27</sup>, a competência dos juízes federais para processar e julgar lides que tenham como objeto a disputa sobre direitos indígenas.

Cabe relatar ainda a importância e protestar contra o descaso dado ao artigo 67 localizado no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>28</sup>, que estabelece a obrigatoriedade de conclusão de demarcação de terras indígenas no prazo de cinco anos após a promulgação da Constituição. Preceito colocado como uma das principais obrigações impostas ao Estado pelo Constituinte Originário e que, além de não ter sido cumprida no prazo almejado, até hoje não surte grandes efeitos.

A demarcação de terras indígenas, se concretizada, contribuirá com a redução do número de conflitos de terra, propiciando aos Estados e Municípios melhores condições de cumprir com suas atribuições constitucionais de atendimento digno a seus cidadãos, com atenção para às especificidades dos povos indígenas. Pois, a partir daí, incentivos fiscais e repasse de recursos destinados, por exemplo, a atividades voltadas a melhor manutenção da terra indígena ou a própria educação desses povos serão mais bem destinadas, a fim de atender de forma eficaz as necessidades da população inserida dentro e fora das reservas de proteção. Enfim, a demarcação de terras indígenas garante uma maior presença e controle estatal nessas áreas especialmente vulneráveis e, em muitos casos, de remoto acesso.

Os benefícios gerados pela demarcação tocam também, ainda que indiretamente, a sociedade de forma geral, visto que a efetivação dos

---

26 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

27 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: XI - a disputa sobre direitos indígenas; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

28 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

direitos territoriais dos povos originários fomenta o desenvolvimento de uma sociedade multicultural e munida de novos saberes. Ademais, é dever da União e das Unidades Federadas, conforme disposto no Art. 24, inciso VII da Carta da república<sup>29</sup>, a proteção ao patrimônio histórico e cultural brasileiro, estando as terras indígenas inclusas nesta conceituação.

Tal medida protetiva contribui também para a proteção do meio ambiente, da biodiversidade, bem como para o controle climático global, visto que as terras indígenas são consideradas áreas de proteção extrema. Desta forma, em respeito ao art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>30</sup>, a demarcação de terras indígenas também

29 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

30 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal,

contribui para que seja garantido ao Brasil e ao restante do mundo um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por fim, cabe menção aos artigos 210, § 2º<sup>31</sup> e 215, §1º<sup>32</sup>, ambos também da Constituição, que estabeleceram os direitos ao respeito e a valorização à cultura indígena no âmbito escolar determinando também a proteção de manifestações culturais populares tanto de povos de matriz afro-brasileiras quanto indígenas, atuando de forma a garantir a perpetuação da história e dos valores referentes a esses povos e ao povo brasileiro. Isto posto, as escolas situadas em territórios indígenas deverão ensinar paralelamente a portuguesa a língua dos respectivos povos nativos, ficando determinado ao estado implementar medidas que possam proteger e incentivar a produção e manifestação de culturas populares.

#### 4. TERRAS INDÍGENAS E TEMPORALIDADE

A fim de ilustrar as questões trazidas neste artigo, serão agora analisadas as Ações Cíveis Originárias<sup>33</sup> 362 e 366 demandadas pelo estado

sem o que não poderão ser instaladas. § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

31 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 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. § 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

32 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Votos nas Ações Cíveis Originárias nº 362 e 366. Relator: AURÉLIO, Marco. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe>.

do Mato Grosso em 1986 e 1987, respectivamente e apenas recentemente julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. Essas ações demonstram um pouco do processo de marginalização e vulnerabilidade dos povos indígenas e de seus interesses na sociedade brasileira, em que pese as normas constitucionais.

Na Ação Cível Originária 362 o Estado do Mato Grosso, autor da ação, demandava indenização em face da União e da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) pela desapropriação indireta de terras, sob a alegação de ter sido, à época, vítima de esbulho de terras aparentemente devolutas que estavam sob seu domínio. Cabe menção ao fato de que as terras de que esta ação se tratava eram, em sua maioria, destinadas à reserva de preservação do Xingú.

Já na Ação Originária 366, de 12 de março de 1987 - não muito tempo após a primeira ação - o mesmo demandante pedia indenização por desapropriação, também em caráter indireto, em face das mesmas entidades do primeiro pleito aqui mencionado, só que agora alegando que sofrera esbulho de terras devolutas destinadas aos Paresi, Nambiwara e Enaewnê-Nawê, terras essas denominadas “Salumã”, “Utiariti” e “Tirecatinga”.

A FUNAI, em sua contestação na primeira das demandas, alegou que a natureza da área em litígio era incontestavelmente de ocupação pelos povos originários, datando-se desde o século XIX, sendo assim, vários anos antes da criação do já mencionado parque de preservação. Alegando a união preliminarmente que devido ao caráter reivindicatório do pleito, este teria que ser julgado improcedente uma vez notada a carência de provas de domínio real sobre o solo e também por falta de distinção dos espaços ocupados.

No que tange à segunda ação, a Instituição de Proteção da Vida Indígena alegou em juízo preliminar a carência da ação, pelos mesmos termos narrados pela união em sua defesa na Ação 362. Já em análise meritória, alegou que pesquisas voltadas à análise e identificação das áreas já haviam provado a sua ocupação e pertencimento aos grupos indígenas

---

[asp?idConteudo=352624](#). Acesso em 30 de setembro de 2017.

mencionados. Requereu ao final a improcedência do pedido. Já a União, em sua resposta, alegou a ilegitimidade do estado-membro em entrar com o pedido e a tentativa de beneficiar um processo de massificação de desapropriações indiretas<sup>34</sup>. Mencionou também a obscuridade quanto a especificação da origem das comunidades naquela época situadas nas terras objeto da lide, relatando o direito tradicional por parte dos povos indígenas de as possuírem.

Através de perícias realizadas nos processos, foi constatado que, em ambos os casos, as terras eram tradicionalmente ocupadas por grupos indígenas, estando em acordo com o artigo 231<sup>35</sup> da Constituição Federal e seus parágrafos. A Procuradoria Geral da União se posicionou contra o deferimento de ambos os pleitos.

Em nota técnica dada no decorrer do processo e julgamento das Ações Originárias, o Ministério Público da União, embasado em entendimentos obtidos através de julgados e da interpretação da Constituição Federal, baseou-se nos argumentos que se seguem a fim de se posicionar contrariamente à possível concessão dos objetos pleiteados.

Em fundamentação idêntica tanto para a Ação 362 quanto para 366, inicia sua defesa dos povos nativos, explanado um pouco sobre o conceito de terras tradicionalmente ocupadas. No decorrer da elucidação, além de uma rápida explicação sobre a definição de terra tradicionalmente ocupada, não só pela melhor doutrina como pela Constituição, em seu artigo 231, pontos cruciais para a concreta definição de terra tradicionalmente ocupada foram apresentados, como a análise de forma a distinguir cada povo e seu trato específico com a terra, a numeração de fatores que podem auxiliar na definição dessas áreas e a necessidade de um estudo antropológico para se demonstrar ou não o atendimento dos pressupostos, como se denota do trecho a seguir: “O estudo antropológico é fundamental para se demonstrar concretamente o (não) atendimento dos pressupostos constitucionais para se concluir se a área é (ou não) tradicionalmente ocupada.” (NT, ACO 362, MT)

---

34 *Ibidem*, p.13.

35 *Ibidem*, p. 7.

Ainda de acordo com o parecer do MPF, foi indicado o fato do direito sobre o solo preponderar mesmo diante de títulos existentes. Sendo assim, mesmo que seja apresentado título que possa de alguma maneira comprovar a propriedade, os direitos dos grupos indígenas se sobrepõem aos títulos. Posição esta que foi fundamentada em normas constitucionais expressas e entendimento prévio dos Ministros da Suprema Corte referentes ao tema, como se segue: “A constituição inclui (seguindo constituições anteriores) as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios no rol de bens da União (art. 20, XI)<sup>36</sup>, declarando nulos ou extintos quaisquer títulos sobre elas existentes (art. 231, §6º)<sup>37</sup>”.

Igualmente relevante é o entendimento do Ministro Eros Grau em seu voto no caso Raposa Serra do Sol:

As terras indígenas são de propriedade da União, porque eram tradicionalmente ocupadas pelos índios. A propriedade aqui - propriedade da União --- resulta da sua ocupação tradicional pelos índios. Essas terras - leio em parecer do professor Moreira Alves que veio m meu gabinete - são protegidas contra os esbulhos posteriores a Constituição de 1988, mas também que contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. (PET 3388/ PR *apud* NT, ACO 362/ MT).

Nota-se que o principal argumento de sustentação era o da “impropriedade de se tratar qualquer tipo de marco temporal em desfavor dos índios, que possuem a proteção da posse exclusiva desde o império, e, em sede constitucional, a partir de 1934.” O “marco temporal”<sup>38</sup> pode ser entendido como uma tese político-jurídica inconstitucional, pregando que os povos indígenas só teriam direito às terras que estavam sob sua posse em cinco de outubro de 1988. Servindo isso apenas de forma a legitimar e legalizar em sua totalidade todos os atos violentos cometidos contra os povos até o dia 04 de outubro de 1988.

Por fim foi exposto o caráter constitucional da propriedade e as diversas formas de se agredir a manutenção da posse mansa por esses

36 *Ibidem*, p. 7.

37 *Ibidem*, p. 7.

38 APIB: Nosso Direito é Originário! #MarcoTemporalNão!,2017. Disponível em: <https://www.xapuri.info/direitos-indigenas/apib-direito-originario-marco-temporal/>. Acesso em 30 de setembro de 2017.

povos ao se reafirmar renitentemente o caráter de ilegalidade de sua ocupação e ao se tentar paulatinamente retirá-los de sua comunidade, de sua terra por direito.

Quando do julgamento, ocorrido em 16 de agosto de 2017, em seu voto, o relator Ministro Marco Aurélio Mello, se posicionou contra os pedidos de ambas ações. Inicialmente foram afastadas as preliminares contidas nas defesas tanto da União quanto da FUNAI, devido ao fato de se confundirem com a parte meritória. Em ato contínuo, o Ministro foi enfático ao dizer - em ambos pareceres - que o conflito analisado já havia sido dirimido no julgamento da Ação Cível Originária de número 79, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, na qual a União demandava em face de empresas, que se dizendo colonizadoras daquela região, eram detentoras de grandes unidades de terra (sem autorização do Senado para tanto) e, nas palavras do Ministro Marco Aurélio,

(...) o estado do Mato Grosso – não tenho a menor dúvida – acabou transferindo o domínio de áreas à citada fundação [Fundação Brasil Central]. E o fez de uma forma, a meu ver, muito, mas muito extravagante, porque a transferência apanhou terras indígenas. Em várias passagens nos autos – leio o parecer da Procuradoria-Geral da República, e talvez por isso mesmo existam na área os conflitos que temos e que ainda vamos resolver -, está comprovado que houve concessões de terras de tribos indígenas daquela região. Terras indígenas que não seriam do Estado, que seriam da titularidade – como todos sabemos – da União. (ACO nº 79 *apud* ACO nº 362, voto relator, p. 6).

Nota-se a referência aos artigos nos quais estava garantido o direito a posse de terras nas quais os povos indígenas já estivessem ocupando desde a Constituição de 1934 até a de 1988, a fim de corroborar o fato de que desde então, da primeira metade do século passado, não há mais a possibilidade de se classificar terras sob posse de povos indígenas como terras dominicais.

Foi também ressaltado o precedente obtido a partir de julgamento que analisava a constitucionalidade da Lei nº 1.077/1950 - versando sobre a redução da área habitada pelos povos indígenas. Na oportunidade, a Suprema Corte julgou como inconstitucional a referida Lei embasando-

se em argumentos com o que segue:

[...] Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo.

Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu em dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a posse estaria materializada nas malocas.

Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo.

Finalizando suas razões, o Relator particulariza seu parecer final em cada uma das ações, citando o estudo de caráter pericial denominado “A ocupação indígena na região dos formadores e do alto curso do rio Xingu (Parque indígena do Xingu)”, de autoria da professora Bruna Franchetto, elaborado em 1987, juntado as folhas 1.053 a 1.174 dos autos da ACO 362, realizado com a finalidade de detalhar o contexto histórico da ocupação indígena na região.

Neste estudo foram descritas análises obtidas através de outras expedições, como a de Von Den Steinen – trabalho vanguardista na catalogação de povos nativos brasileiros- e a expedição Roncador-Xingu, também muito cara ao tema, valendo-se também de outras análises obtidas ao longo do século XX. Deste modo chegando-se a conclusão incontestável de que a ocupação da área pelos povos nativos tem caráter histórico e imemorial. Interessante, também, o laudo produzido por João Dal Poz Neto, que chegava a conclusão de que os povos indígenas habitavam área objeto de conflito há, pelo menos, 800 anos. Foi referido como decisivo na tomada de decisão o de autoria do antropólogo Reinaldo Sérgio Vieira

Arruda, que através de toda uma análise histórica da ocupação das terras citadas na inicial, comprovou a existência de índios Paresi na área desde o ano de 1553. Informação essa obtida a partir de relatos e documentos da Coroa Portuguesa e de expedições, como a de Candido Rondon.

Desta forma, o relator concluiu que as terras em disputa já eram de posse dos povos originários, restando-se assim sem respaldo a alegação de posse feita pelo estado do Mato Grosso, sendo o pedido então julgado improcedente e o autor condenado a pagamento das custas processuais junto à indenização e honorários no valor de R\$ 50,000. 00. No que concerne a sua explicação final no voto da Ação 366, o Ministro Marco Aurélio julgou improcedente o pleito condenando o governo do referido estado a arcar com custas processuais e honorários advocatícios em montante idêntico.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através de um longo processo de reorganização no que tange ao posicionamento da constituição diante do ordenamento como um todo e de reorganização hermenêutica a fim de fornecer visibilidade a demandas outras que não as individuais, a CF/88 e o Código Civil de 2002 se estabeleceram como marcos teóricos quanto à garantia de direitos de segunda e terceira dimensão.

A regulamentação da propriedade, nesta seara, sofre com consideráveis modificações, a fim de abarcar não só os interesses do proprietário, mas também interesses existenciais, de terceiros, para isso sendo reformadas normas voltadas a garantia de propriedade, elevado a um posicionamento inédito o instituto da função social e incluídos critérios objetivos a cada tipo proprietário. Apenas sendo cumpridos esses requisitos o bem receberá amparo legal e terá sua manutenção protegida.

Todo esse processo refletiu em questões de grande relevância histórica e cultural, evidenciando questões como a dos povos indígenas, antes tomadas como invisíveis por nossa população e governos, não obstante a regulamentação que já existia.

A Constituição Federal reconheceu toda a cultura indígena e seus costumes, assegurando direitos - como a valorização de cultura, perpetuação de sua história em âmbito escolar etc. - em consonância com sua singularidade, legitimando sua propriedade permanente, garantindo seu usufruto se verificados determinados requisitos que tornem a posse tradicional, visto que, por habitarem o país há tempos não datados, possuíam esse direito - independente da posse efetiva de seus territórios - imperante a outros títulos de caráter público ou particular, sendo suas terras um habitat, lar independente de demarcação.

Não menos importante, a consecução da proteção dos povos indígenas, estabelecida em normas esparsas através da CF, resguardo-os de quaisquer ataques que possam vir a serem acometidos seus bens. Atuação essa inédita e muito mais protetiva por parte do legislador.

De suma importância, a questão da demarcação de terras postergada, que deveria ter sido concluída há quase quinze anos, teria alcançado a almejada redução de conflitos de terra, atendendo, também em outros aspectos levantados, a eficaz garantia dos povos dentro e fora das reservas de proteção, assim, um maior controle estatal.

Extremamente relevante é a relação estabelecida entre a cultura e o território, que não é só o habitat para suprir as suas necessidades físicas, mas também a reprodução cultural dos grupos. Isso nos dá clareza quanto a validade e eficácia dos direitos culturais – ainda que as políticas públicas resistam à sua efetivação. Este trabalho que, como dito, é a investigação inicial de uma pesquisa de maior vulto, tem o seu ponto principal na construção do alicerce inicial para o enfrentamento mais profundo sobre a proteção do conhecimento tradicional e as expressões culturais tradicionais destes e outros povos tradicionais. E o substrato jurídico para o enfrentamento das questões referentes a titularidade, alcance da proteção, autorizações, usos, remuneração do conhecimento tradicional e as expressões culturais tradicionais destes e outros povos tradicionais está no reconhecimento destes como direitos de propriedade imaterial cultural, em que são entrelaçadas as dinâmicas contemporâneas do instituto proprietário, já funcionalizado, com a transversalidade dos

direitos culturais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 30 de setembro de 2017

BRASIL. Ministério da Justiça. Demarcação de Terras. (s.d.), disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-25-20>> Acesso em 30 de setembro de 2017

BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgf/noticias-pgr/mpf-divulga-notas-tecnicas-sobre-o-regime-juridico-das-terras-indigenas>> Acesso em 30 de setembro de 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. Nota Técnica - Ação Civil Originária, Supremo Tribunal Federal n. 362. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/pgf/documentos/NTACO362\\_1.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgf/documentos/NTACO362_1.pdf)> Acesso em 30 de setembro de 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal . Nota Técnica - Ação Civil Originária, Supremo Tribunal Federal n. 366. Acesso em 30 de setembro de 2017, disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgf/documentos/NTACO366.pdf>>

DONZELE, Patrícia Fortes Lopes. *Legitimação da Posse*. Acesso em 30 de setembro de 2017, disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1494/Legitimacao-de-posse>>

EDSON FILHO, Carlos. *Usucapião Imobiliária Urbana Independente de Metragem Mínima: Uma Concretização da Função Social da Propriedade*. Revista Brasileira de Direito Civil, 2014.

LIMA, Sabrina Ferreira. *Os índios em face à Constituição Federal/88*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1602/Os-indios-em-face-a-Constituicao-Federal-88>> Acesso em 30 de setembro

de 2017

SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso*. Rio de Janeiro, 2010.

SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre. *A propriedade Privada no Brasil: Reflexos a partir da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*. v. 14. título III, p. 233-268. Editora Saraiva, 2011

TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. *A garantia da propriedade no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n.6, jun. 2005, p. 101-119.

XAPURI. *APIB: Nosso Direito é Originário*. Disponível em: <<https://www.xapuri.info/direitos-indigenas/apib-direito-originario-marco-temporal/>> Acesso em 30 de setembro de 2017.