

A possibilidade de ampliação dos limites de terras indígenas demarcadas antes do advento da Constituição Federal de 1988

Bruno Gontijo Rocha

Analista do MPU e Assessor de Procurador Regional da República. Especialista em Direito Público.

Resumo: A demarcação de terras indígenas é tema dotado de peculiar importância no âmbito dos direitos dos povos indígenas. O presente estudo tem por escopo demonstrar a viabilidade jurídica da ampliação dos limites territoriais de terras indígenas demarcadas antes da nova ordem constitucional. Nesse contexto, faz-se uma abordagem inicial das normas constitucionais que fundamentam os direitos dos povos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas, bem como da alteração de paradigma operada pela Constituição Federal de 1988. Em seguida, analisa-se o tratamento conferido às terras indígenas pela Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem como a demarcação de terras indígenas e o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à demarcação de terras fixado no julgamento da PET n. 3388/RR, principalmente em virtude da “salvaguarda institucional” XVII (é vedada a ampliação de terra indígena já demarcada), demonstrando-se que tal condicionante é inaplicável quando a demarcação tiver se operado antes da CF/1988. Pôde-se concluir que a instauração de uma nova ordem jurídica, por meio da Constituição Federal de 1988, trouxe novos parâmetros para a demarcação de terras indígenas, possibilitando que, sob o influxo deles, haja a ampliação dos limites territoriais de demarcação feita antes do seu advento, sendo incabível a aplicação da “salvaguarda institucional” XVII para impedir tal procedimento.

Palavras-chave: Terras indígenas. Nova ordem constitucional. Ampliação de demarcação.

Abstract: The demarcation of Indian lands is an important theme in indigenous rights. This study aims to show the legal ability of increasing the bounds of Indian lands demarcated before the Brazilian Constitution of 1988. In this context, it approaches the constitutional rules that bases the indigenous rights to use traditionally occupied lands and also the, paradigm change caused by the Brazilian Constitution of 1988. Then, it analyzes the treatment given by the Convention 169 of International Labour Organization (ILO) to the demarcation of Indian lands and the understanding of Supreme Federal Court in the sentence of PET 3388/RR, mostly due to the “institutional safeguard” XVII (it is prohibited to increase Indian lands already demarcated), demonstrating that the “institutional safeguard” is not applicable when the demarcation was done before Brazilian Federal Constitution of 1988. It can be concluded that the establishment of the new constitutional order brought new parameters for Indian lands demarcation, therefore enabling the increase of demarcation of indigenous lands occurred before the Brazilian Constitution of 1988 and that the the “institutional safeguard” XVII can not be used for this purpose.

Keywords: Indigenous lands. New constitutional order. Amplified demarcation.

Sumário: 1 Introdução. 2 Regime jurídico-constitucional das terras indígenas. 3 O tratamento conferido às terras indígenas pela Convenção 169 da OIT. 4 Demarcação de terras indígenas. 4.1 Os marcos constitucionais a serem observados. 4.2 Procedimento administrativo de demarcação. 4.3 Natureza jurídica do ato de demarcação. 5 A proibição de ampliar a demarcação de terras indígenas como “salvaguarda institucional” e sua inaplicabilidade a demarcações anteriores à CF/1988. 6 Considerações finais.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988, ao instaurar uma nova ordem jurídica, conferiu especial atenção aos povos indígenas ao destinar capítulo próprio e exclusivo para o tratamento da matéria (Título VIII, Capítulo VIII), além de conter outras previsões esparsas em seu texto. Quando comparada com as Constituições pretéritas,

promove uma alteração significativa no modelo até então adotado em relação ao tratamento conferido à cultura indígena.

No âmbito infraconstitucional, por sua vez, a adesão do Brasil à Convenção n. 169 da OIT e sua inserção no ordenamento jurídico doméstico, por meio do Decreto n. 5.051/2004, representou, também, avanço na proteção dos direitos desses povos, em sintonia com o projeto constitucional.

O ponto fundamental dos direitos indígenas reside no tema afeto às suas terras, espaço destinado constitucionalmente para sua reprodução física e cultural.

O Ministério Público, que foi erigido pela Constituição Federal de 1988 como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais disponíveis (art. 127, *caput*), além da função genérica de “defensor do povo” – como já abordado pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do consignado no voto do min. Celso de Mello no âmbito do AI 759.543/RJ –, tem a atribuição específica de “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas” (art. 129, V, CF/1988).

Tal função ministerial é crucial para a eficácia social dos direitos constitucionalmente garantidos, considerando-se que as questões concernentes às terras indígenas, normalmente, têm como participantes, de um lado, agentes privados dotados de grande poder econômico ou mesmo os próprios entes federativos – movidos, às vezes, por interesses econômicos ou políticos de seus dirigentes – e, de outro, povos indígenas que não dispõem de um poder de reação proporcional à ação que pode ser exercida por aqueles.

Abordando especificamente os aspectos que envolvem as terras indígenas, o objetivo central do presente estudo é demonstrar a viabilidade jurídica da ampliação dos limites territoriais de demarcação de terra indígena operada antes do advento da CF/1988, afastando, no caso, a vedação que consta na condicionante XVII,

erigida pelo Supremo Tribunal Federal (é vedada a ampliação de terra indígena já demarcada).

Desse modo, a abordagem ficará restrita às terras indígenas e à respectiva demarcação, não sendo a pretensão esgotar o tema afeto aos direitos indígenas consagrados na Constituição Federal de 1988 e na Convenção n. 169 da OIT, do qual são extraídos diversos aspectos.

Busca-se, assim, apenas contribuir para a reflexão sobre os direitos dos povos indígenas, especialmente no que implica a delimitação de seus territórios, de forma a propiciar, cada vez mais, um avanço no debate do tema.

2 Regime jurídico-constitucional das terras indígenas

A Constituição Federal de 1988 conferiu notável destaque aos direitos dos povos indígenas, quando comparada às constituições pretéritas, pois destina capítulo próprio para o seu tratamento dentro do âmbito do título que trata da ordem social (Capítulo VIII, inserto no Título VIII), além de diversas outras disposições constitucionais esparsas relacionadas a tais direitos (art. 20, IX, art. 22, XIV; art. 49, XVI; art. 109, XI; art. 129, V; art. 176, § 1º; art. 210, § 2º; art. 215, § 1º, todos do texto permanente; e art. 67 do ADCT)¹.

Nesse sentido, o Capítulo VIII do Título VIII da CF/1988 constitui a base dos direitos dos índios, revelando o propósito do constituinte originário de erigir normas que dessem eficácia social a esses direitos (SILVA, 2009).

Nota-se, da leitura das normas constitucionais, que o constituinte conferiu uma atenção especial ao aspecto territorial, considerando, além do significado inerente à terra para o povo indígena,

1 Em razão do avanço significativo no tratamento dos direitos dos índios, a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada “uma espécie de marco divisor para a avaliação da situação dos índios no Brasil de hoje” (ARAÚJO, 2006, p. 38).

a predominância de dispositivos constitucionais a ela relacionados quando comparados com outros direitos (art. 20, IX; art. 49, XVI; art. 176, § 1º; art. 231, todos da parte permanente do texto constitucional; e art. 67 do ADCT).

Não é outro o magistério de José Afonso da Silva (2008), que, fundado no valor das terras para o povo indígena, aponta que a questão da terra se transformou no ponto central dos direitos constitucionais dos índios.

A CF/1988 reconhece aos índios, de forma expressa, a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições bem como os direitos originários sobre as terras que são ocupadas de forma tradicional, considerando como tradicionais os territórios habitados em caráter permanente, os utilizados para suas atividades produtivas, os imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários à garantia do bem-estar e à reprodução física e cultural (art. 231, *caput*, e § 1º).

Tais terras têm um significado diferenciado quando comparadas com o instituto comum da propriedade, de forma que se exige um tratamento diverso.

Enquanto o direito à propriedade, que é instituto tipicamente inserido no âmbito do Direito Civil, está relacionado principalmente ao proveito econômico que seu titular pode ter sobre a coisa, a terra indígena é típico instituto de Direito Constitucional, que se relaciona ao próprio modo de ser e viver dos povos indígenas, sendo o espaço territorialmente definido para a sua reprodução física e cultural².

A doutrina destaca tal aspecto, como se depreende das lições de José Afonso da Silva (2008), o qual afirma que a terra tem um

2 Deborah Duprat (s.d.), ao abordar o aspecto multicultural e pluriétnico do Estado brasileiro, afirma que a Constituição Federal consagra espaços de pertencimento, em territórios, com moldura diversa da propriedade privada, uma vez que, enquanto esta estaria relacionada à apropriação econômica, aqueles estariam relacionados a um espaço étnico e cultural.

valor de sobrevivência física e cultural para esses povos. Deborah Duprat (s.d.), por sua vez, defende que os territórios dos índios, segundo a CF/1988, são concebidos como espaços indispensáveis ao exercício de seus direitos identitários, refletindo uma noção de acolhimento, enquanto a propriedade privada seria marcada pela individualidade e por ser espaço excludente.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação popular relativa à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (PET 3388/RR), consignou o sentido da terra para esses povos:

11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. [...] Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil (STF, PET 3388/RR, rel. min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 19.3.2009).

A constatação de que a terra indígena tem uma nítida vinculação com a garantia da reprodução cultural desse povo, somada com o compromisso estatal de resguardar a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o dever de proteger as manifestações da cultura indígena (art. 215, *caput*, e seu § 1º), denota a adoção de uma concepção constitucional baseada no multiculturalismo, que respeita o direito dos povos indígenas de ser diferente³.

3 Conforme leciona Deborah Duprat (s.d., p. 1), a República Federativa do Brasil é pluriétnica e multicultural, de forma que devem ser assegurados aos grupos dotados de identidades específicas “o controle de suas próprias instituições e forma de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”. A autora ainda pondera que a

Tem-se, nesse contexto, uma alteração significativa de paradigma. Antes do advento da Constituição Federal de 1988, predominava uma concepção que defendia a necessidade de integração dos povos indígenas à comunidade nacional, como se a cultura dos não-índios fosse superior⁴. Com a nova ordem constitucional, não se pode mais interpretar os direitos dos índios com base em uma noção assimilacionista, que tem a pretensão de “transformar índios em não-índios”⁵, mas sim sob a influência de uma visão que respeite o direito à diferença⁶.

Apesar de os direitos dos índios às terras que ocupam não ter surgido com a Constituição Federal de 1988⁷, a adoção do respeito à

Constituição brasileira afasta a noção de um mundo preexistente, consagrando que “fazer, criar e viver dão-se de forma diferente em cada cultura, e que a compreensão de mundo depende da linguagem do grupo” (DUPRAT, s.d., p. 5).

- 4 Essa noção de integração pode ser constatada tanto ao se analisar as Constituições pretéritas quanto a legislação infraconstitucional. A Constituição Federal de 1934, apesar de assegurar, em seu art. 129, a posse dos índios sobre as terras em que se achassem permanentemente localizados, atribuiu à União a competência para legislar sobre a integração dos índios à comunidade nacional (art. 5º, XIX, *m*). O viés de assimilação dos indígenas foi mantido nas Constituições posteriores (art. 5º, XV, *r*, da CF/1946; art. 8º, XVII, *o*, da CF/1967; e, por fim, art. 8º, XVII, *o*, da CF/1967 com redação dada pela EC/1969). No âmbito infraconstitucional, pode-se destacar a Lei n. 6.001/1973, que, entre outras previsões, elenca graus de integração dos indígenas à comunidade nacional (art. 4º).
- 5 Expressão utilizada pelo desembargador federal Souza Prudente do TRF 1 no voto proferido no julgamento dos embargos de declaração na apelação 2006.39.03.000711-8/PA.
- 6 Nesse ponto, cabe destacar que eventual convivência dos índios com não índios, com a adoção de instrumentos ou práticas própria a estes, não ocasiona a perda da cultura indígena. O min. Carlos Britto, na PET 3388/RR, apontou que a cultura indígena não se dilui na convivência com não índios, visto que “a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos”.
- 7 Conforme informa José Afonso da Silva (2008), o Alvará de 1º de abril de 1680 foi a primeira norma legal que previu o direito dos índios às terras ocupadas de forma tradicional. Tal previsão também constou na Lei de 6.6.1775 (SILVA, 2008) bem como

diferença em detrimento do viés de integração repercute na demarcação de suas terras, de modo a evidenciar a formação, como abordou o STF na PET 3388/RR, de um “espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural”.

Com base no exposto até o momento, pode-se perceber que o caráter tradicional a que se refere a Constituição Federal de 1988, para fins de delimitação das terras das populações indígenas, alude, em essência, à análise da extensão dos traços próprios dessas comunidades na interação entre eles e a terra, segundo os parâmetros elencados no art. 231, § 1º, da CF/1988. Não está atrelado, como aponta José Afonso da Silva (2008), a uma circunstância temporal.

Dessa forma, não se exige que o caráter tradicional que permeia a ocupação indígena sobre um determinado espaço territorial seja imemorial (SILVA, 2008).

Exigir que a comprovação desse requisito fosse imemorial, remontando às primeiras ocupações das terras na época da colonização, acabaria por inviabilizar a efetividade dos direitos assegurados à comunidade específica que a Constituição visou proteger. Dificilmente haveria elementos suficientes para compor o laudo antropológico.

Deborah Duprat (s.d.) elenca três fatores para o abandono do requisito da imemorialidade: a) não há possibilidade lógica de se exigir uma análise pautada nesse critério, considerando-se a descharacterização dos territórios originais em razão do avanço do processo de colonização; b) o processo de colonização ocasionou redefinições desses territórios; c) não se pode atrelar os direitos assegurados a uma comunidade que existe no presente, com perspectiva voltada para o futuro, a um imobilismo do passado.

em diplomas posteriores, como a Lei de Terras (Lei 601, de 1850), responsável por conferir tratamento normativo que visou reorganizar o regime de terras após a extinção do regime das sesmarias, assim como na Constituição Federal de 1934 e seguintes.

Nesse diapasão, utilizando o caráter tradicional da ocupação, competirá exclusivamente à União a demarcação das terras, seguindo o procedimento traçado no Decreto n. 1.775/1996, bem como o dever de protegê-las e fazer com que as respeitem (art. 231, *caput*, CF/1988)⁸.

Não se deve confundir, no entanto, o significado das terras para o povo indígena com a propriedade dela. De fato, as terras indígenas não têm como proprietários os próprios índios, constituindo bem da União, nos termos do art. 20, XI, da CF/1988.

Consubstanciam, no entanto, bens públicos de uso especial, visto que são destinados a garantir um indiscutível interesse público, direcionado à garantia da sobrevivência física e cultural das populações indígenas⁹. O Supremo Tribunal Federal já abordou especificamente esse aspecto, conforme se extrai de trecho da ementa do RE n. 183.188/MS:

A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República - ato estatal que se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade - reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais. A QUESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS - SUA FINALIDADE INSTITUCIONAL. As terras

8 O min. Carlos Britto, no julgamento da PET 3388/RR, asseverou que compete somente à União, por atos praticados no âmbito do Poder Executivo, iniciar, sequenciar e concluir formalmente o procedimento de demarcação, bem como efetivá-lo materialmente. Fixou, ademais, que o dever de proteção dessas terras, a cargo da União, não se volta somente contra os não índios, devendo ser exercido, inclusive, em face de outros entes federados, a saber, estados-membros e municípios.

9 José dos Santos Carvalho Filho (2010) enquadra as terras indígenas como bens de uso especial da União por serem destinadas à proteção de uma categoria social específica.

tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (STF, RE n. 183.188/MS, rel. min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgamento em 10.12.1996).

Desse modo, essas terras destinam-se, como se extrai da própria dicção utilizada na Constituição Federal, à posse permanente desse povo, de forma a lhes assegurar o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos (art. 231, § 2º)¹⁰. Significa, então, que os índios manterão a posse dessas terras por período indefinido (DALLARI, 1991), enquanto perdurar o viés tradicional que marca essa relação entre eles e a terra.

Trata-se, como bem colocou José Afonso da Silva (2009), de uma garantia para o futuro e não de mero pressuposto do passado, de forma que a eles fica assegurada a manutenção de seu *habitat*, como emanção própria de um direito originário.

O fato de as terras serem consideradas bens públicos da União confere, ademais, como ocorre com outros bens públicos, um regime jurídico diferenciado, de forma que elas passam a ser inalienáveis, indisponíveis e marcadas pela imprescritibilidade (art. 231, § 4º, da CF/1988). No entanto, diversamente do que ocorre em relação a outros bens públicos de uso especial que, por meio da desafetação, podem perder a finalidade pública à qual estavam ligados segundo a lei e ser alienados pelo ente proprietário, as terras indígenas, como bens públicos de uso especial da União, têm des-

¹⁰ José Afonso da Silva (2009) pontua que os índios figuram na condição de usufrutuários exclusivos dessas riquezas, sendo que tal usufruto seria intransferível.

tinação constitucionalmente definida, de forma que não poderia haver desafetação, conforme prevê a legislação infraconstitucional – a posse permanente garantida pela Constituição aos povos indígenas impediria qualquer tentativa nesse sentido¹¹.

Como decorrência lógica da posse permanente e do usufruto sobre as riquezas naturais das terras que os índios tradicionalmente ocupam, a própria Constituição Federal determina a nulidade e a extinção de quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas terras ou a exploração das riquezas naturais do solo, rios e dos lagos nela existentes, salvo relevante interesse público da União. Isso porque os direitos dos índios reconhecidos pela Constituição são originários, decorrentes de uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, que consubstancia fonte primária e congênita da sua posse territorial (SILVA, 2009).

Eventuais títulos que caracterizem propriedade privada sobre as terras reconhecidas como indígenas são nulos, sendo garantido aos particulares tão somente a indenização por benfeitorias advindas de ocupação de boa-fé, as quais só podem ser exigidas, consoante adverte José Afonso da Silva (2009), da União e não dos povos indígenas.

Como consequência dessa garantia para o futuro, marcada pelo caráter tradicional da ocupação, a Constituição não permite a remoção dos grupos indígenas de suas terras, ressalvadas as hipóteses em que seja estritamente necessária para a própria garantia da integridade desse povo ou por interesse nacional, após deliberação do Congresso Nacional (art. 231, § 5º). Em qualquer caso, no

11 Pode-se considerar que as terras indígenas, segundo o regime constitucional, encaixam-se no que Marçal Justen Filho (2014) considera como bens intrinsecamente públicos. Segundo o autor, os bens públicos que integram a identidade da nação e do Estado brasileiro seriam intrinsecamente públicos, o que faz com que sejam inalienáveis de forma incondicional. Não há como negar, com base em uma visão multicultural e pluriétnica adotada pelo Estado brasileiro, que as terras indígenas como espaços territoriais constitucionalmente destinados à efetivação da cultura indígena e de sua reprodução física, integram uma das várias faces da identidade da nação.

entanto, a Constituição assegura o retorno imediato após a cessação da causa que ensejou o deslocamento.

Essas características, que marcam a relação entre o povo indígena e sua terra, garantem, ainda, conjuntamente com o direito à autodeterminação¹², que o aproveitamento dos recursos hídricos – incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra de riquezas minerais nesse espaço territorial – só possa ocorrer após autorização do Congresso Nacional (art. 231, § 3º), materializada mediante decreto legislativo (art. 49, XVI), desde que haja oitiva da respectiva população indígena¹³.

Importante, nesse ponto, destacar que a oitiva dos povos indígenas é obrigatória, *intuitu personae* – a manifestação dos índios deve ser colhida e não meramente substituída por eventual manifestação da FUNAI – e deve ser prévia à autorização que seria expedida pelo Congresso Nacional, de forma que a inobservância desses requisitos ocasiona vício material no processo legislativo atinente ao decreto legislativo que materializa a autorização. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento dos embargos de declaração

12 O direito à autodeterminação é reconhecido aos povos indígenas. Com efeito, de acordo com Robério Filho, o direito à autodeterminação não estaria limitado a um certo povo, sendo titularizado por todos os povos; e os índios, por constituírem uma subdivisão étnica no Estado, em razão da sua inserção na categoria de grupos diferenciados por suas características étnicas, integram um dos sentidos que pode ser atribuído a “povos” conforme lição de Vernon Van Dyke. Tal direito, segundo se pode depreender da lição daquele autor, possibilita que os índios escolham o que é melhor para o próprio desenvolvimento da comunidade que integram, sob os pontos de vista político, econômico, social e cultural. Como derivação desse direito, tem-se a necessidade de o Estado oferecer a oitiva dos índios em relação a empreendimentos que afetem o seu desenvolvimento.

13 Não se permite, no entanto, o exercício da atividade garimpeira nas terras indígenas (art. 231, § 7º, CF/1988), seja por meio de cooperativa ou não, salvo a que é feita pelos próprios indígenas (SILVA, 2009). O min. Carlos Britto justifica a proibição de garimpo em terras indígenas com base em dois fundamentos. Primeiro, por se tratar de atividade significativamente degradante ao meio ambiente. Segundo, por a história demonstrar que o convívio de índios com os garimpeiros ocasionou o repasse de várias doenças graves à reprodução física e cultural daqueles (nota de rodapé 1, p. 11, do voto proferido na PET 3388/RR).

interpostos pela Procuradoria Regional da República da 1ª Região na apelação 2006.39.03.000711-8/PA, atribuindo efeitos modificativos aos embargos, decidiu, à luz do que dispõem a Constituição Federal e a Convenção n. 169 da OIT¹⁴, declarar a invalidade dos atos administrativos praticados no bojo do procedimento de licenciamento ambiental do aproveitamento hidroelétrico Belo Monte, elencando como uma das razões a falta de oitiva prévia das comunidades indígenas que seriam afetadas com sua implantação.

Essas são as linhas gerais do regime constitucional das terras indígenas, que veio a ser reforçado, em certa medida, com a ratificação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil e a sua incorporação ao ordenamento jurídico doméstico.

3 O tratamento conferido às terras indígenas pela Convenção n. 169 da OIT

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho decorreu das conclusões da reunião na 76ª Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, realizada em junho de 1989, por meio da qual, diante de diversas propostas de revisão da Convenção n. 107 da OIT – que versava sobre populações indígenas e tribais e remontava a 1957 – e considerando constatações vinculadas à insuficiência na concretização e respeito dos direitos dos povos indígenas e tribais¹⁵, foram estabelecidas novas regras para proteção dos direitos dos povos indígenas e tribais.

14 A Convenção n. 169 da OIT, adotada no ordenamento jurídico doméstico por meio da promulgação do Decreto n. 5.051/2004, prevê, em seu artigo 15, 2, que, nos casos em que a propriedade dos minérios, recursos do subsolo ou direitos sobre outros recursos existentes na terra pertencer ao Estado, os governos devem estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração desses recursos.

15 Entre outras motivações, podem ser mencionadas as seguintes: reconhecimento das aspirações desses povos de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades,

Nesse contexto, a convenção assegurou uma proteção diferenciada de acordo com a condição concreta desses sujeitos de direitos, foi ratificada pelo Brasil em julho de 2002 e entrou em vigor no âmbito internacional em julho de 2003 (artigo 38 da convenção), tendo sido incorporada ao ordenamento jurídico interno por meio da promulgação do Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

Sobre as inovações trazidas pela Convenção n. 169 da OIT, Dalmo de Abreu Dallari (1991, p. 318) comenta:

A nova Convenção representa evidente aperfeiçoamento das normas fixadas na anterior, incorporando preceitos constantes dos Pactos de Direitos Humanos aprovados pela ONU em 1966, bem como as novas concepções resultantes das intensas pesquisas antropológicas e das profundas transformações das sociedades humanas, que valorizaram extraordinariamente a dimensão humana do índio e, paradoxalmente, aumentaram as pressões das sociedades circundantes sobre as comunidades indígenas.

Ela consagra, assim, junto com a Constituição Federal, um verdadeiro sistema de proteção com base nas peculiaridades culturais desse povo e no reflexo destas nos mais diversos aspectos sociais que circundam o seu desenvolvimento como sujeito de direito especificamente considerado.

As disposições constantes na Convenção n. 169 da OIT, no que tange ao direito dos povos indígenas relacionados a terra (artigos 13 a 19), vão, em regra, ao encontro do sentido atribuído pelo constituinte originário, de forma que as disposições constitucionais são, em sua maioria, reforçadas pelo contido na referida convenção. Não obstante, dois pontos devem ser necessariamente abordados.

línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram; e constatação de que em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente.

Primeiro, a Convenção n. 169 da OIT, diversamente da opção constitucional, dispõe que a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios é deles e não de algum ente federativo (artigo 14, 1)¹⁶. Nesse ponto, entende-se que a convenção não deva ter aplicabilidade no âmbito interno, pois, apesar de veicular normas sobre direitos humanos, estas não têm *status* de norma constitucional por não terem sido aprovadas segundo o rito próprio das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da CF/1988), de forma que se enquadram, no contexto da hierarquia das normas, em posição de supralegalidade¹⁷. A Constituição Federal, como norma parâmetro, que serve de fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico, também irradia seus efeitos sobre a Convenção n. 169 da OIT, e eventual incompatibilidade é resolvida em favor daquela e em detrimento desta. Edson Ferreira de Carvalho (2006) defende que essa incompatibilidade é resolvida em favor da Constituição Federal, aduzindo que o artigo 14 dessa convenção não tem vigor no Brasil.

A segunda observação concerne ao artigo 15, 2, da Convenção n. 169/OIT, que prevê a necessidade de consulta prévia dos povos indígenas, a fim de se determinar se os interesses deles seriam prejudicados e em que medida, em casos de empreendimentos ou autorizações de programas voltados à exploração dos recursos minerais, do subsolo ou outros, quando a propriedade destes for do Estado. Apesar de essa previsão não ser a única que garante a efetiva participação dos povos indígenas em procedimentos que possam impactar direta ou indiretamente sobre seus direitos, havendo outros dis-

16 É interessante assinalar que essa discrepância, como aponta Dallari (1991), não foi inaugurada pela Convenção n. 169 da OIT. Em verdade, a Convenção 107 da OIT já dispunha, em seu artigo 11, que a propriedade das terras ocupadas pelos índios era atribuída a eles, e a Constituição Federal de 1967 já consignava que se tratava de bens da União.

17 Apesar de haver autorizado pensamento em sentido contrário, prevalece no STF (RE n. 466.343) o entendimento de que os tratados que versem sobre direitos humanos e que não sejam aprovados pelo rito das emendas constitucionais figuram em posição intermediária entre a Constituição e a legislação infraconstitucional, ostentando caráter supralegal.

positivos da convenção nesse sentido (a exemplo dos artigos 2º, 1; 4º, 2; 5º, c; 6º; e 7º), esse se relaciona especificamente à questão das terras tradicionalmente ocupadas por eles.

Como já abordado no tópico anterior do presente artigo, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 231, § 3º, garante a oitiva da comunidade indígena no contexto da autorização a ser concedida pelo Congresso Nacional para fins de aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas.

Apesar de a Constituição não estabelecer expressamente qual o momento da oitiva, uma interpretação que levasse a sério os direitos desses povos, fundada nos valores em que se baseia a Constituição, já poderia levar à conclusão de que a oitiva deveria ser prévia. A oitiva posterior à autorização expedida pelo Congresso Nacional é medida sem efetividade, que visaria apenas, sob o ponto de vista formal, garantir a participação da comunidade indígena, não assegurando o direito que deriva da autodeterminação de que são titulares.

No entanto, ainda que se pudesse argumentar que a oitiva dos povos indígenas poderia ser póstuma, baseada em uma interpretação do texto fora do contexto, tal vertente interpretativa não subsiste diante da expressa determinação que emana do artigo 15, 2, da Convenção n. 169 da OIT. Tal dispositivo tem a importante função de afastar qualquer dúvida que pudesse haver em relação ao momento da oitiva, complementando, nesse ponto, a norma constitucional.

A observância dessa convenção pelo Congresso Nacional, quando da edição de decretos legislativos voltados a autorizar tais empreendimentos (art. 49, XVI, CF/1988), é medida que se impõe em razão da sua posição hierarquicamente superior no ordenamento jurídico nacional.

Foi com base na interpretação principalmente desse dispositivo da Convenção n. 169 da OIT, que o Tribunal Regional Federal, no

juízo de embargos de declaração interpostos pela Procuradoria Regional da República da 1ª Região em face do acórdão prolatado pela Quinta Turma no âmbito da apelação 2006.39.03.000711-8/PA, fixou que a autorização concedida pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 788/2005, era inválida.

A autorização em tela permitiu ao Poder Executivo implantar o aproveitamento hidroelétrico em Belo Monte, no trecho do rio Xingu no Pará, postergando a oitiva das comunidades indígenas que seriam afetadas.

Os votos dos desembargadores federais Selene Maria de Almeida – voto vencido no julgamento da apelação interposta pelo *Parquet* – e Souza Prudente – proferido no âmbito do julgamento dos embargos de declaração e seguido por unanimidade pela Quinta Turma do TRF da 1ª Região – trataram com propriedade dos direitos dos povos indígenas. Em razão da importância do julgamento, transcreve-se trecho da ementa do acórdão dos referidos embargos:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE, NO ESTADO DO PARÁ. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (DECRETO LEGISLATIVO Nº. 788/2005) DESPROVIDA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C OS ARTS. 3º, ITEM 1, 4º, ITENS 1 E 2, 6º, ITEM 1, ALÍNEAS A, B, E C, E 2; 7º, ITENS 1, 2 E 4; 13, ITEM 1; 14, ITEM 1; E 15, ITENS 1 E 2, DA CONVENÇÃO Nº. 169/OIT. NULIDADE. OMISSÃO DO JULGADO. OCORRÊNCIA. EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE.

[...]

VI - Na hipótese dos autos, a localização da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Estado do Pará, encontra-se inserida na Amazônia Legal e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico de comunidades indígenas, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemorais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a autorização do Congresso Nacional, com a audiência prévia dessas comunidades, nos termos dos referidos dispositivos normativos, sob pena de nulidade da autorização concedida nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º), como no caso.

VII - No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1º, IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas.

[...]

XI - Embargos de declaração parcialmente providos, com modificação do resultado do julgamento.

XII - Apelação provida, em parte. Sentença reformada. Ação procedente, para coibir o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles já praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, em decorrência da invalidade material do Decreto Legislativo nº. 788/2005, por violação à norma do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, c/c os arts. 3º, item 1, 4º, itens 1

e 2, 6º, item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção nº. 169/OIT, ordenando às empresas executoras do empreendimento hidrelétrico Belo Monte, em referência, a imediata paralisação das atividades de sua implementação, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento do provimento mandamental em tela (CPC, art. 461, § 5º) (EDAC 0000709-88.2006.4.01.3903/PA, rel. desembargador federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-*DJF1*, p. 316, de 27 ago. 2012).

4 Demarcação de terras indígenas

Conforme já se abordou, os atos inerentes ao procedimento de demarcação de terras indígenas competem exclusivamente à União, a teor do art. 231, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Antes de adentrar especificamente no procedimento administrativo, é interessante apontar os marcos decorrentes da Constituição que informam a demarcação, conforme exposição constante no voto do min. Carlos Britto na PET 3388/RR, que os enquadrrou como integrantes do conteúdo positivo do ato de demarcação.

4.1 Os marcos constitucionais a serem observados

Com base na lição do min. Carlos Britto e no quanto já foi exposto até o momento, cabe apontar os marcos que servem de norte para a demarcação.

O primeiro refere-se ao marco temporal a ser considerado para fins de aferição da ocupação tradicional da terra pelos índios. Com efeito, conforme abordado pelo relator da PET 3388/RR, a Constituição trabalhou com data certa, de forma que se deve aferir se a ocupação tradicional de determinado espaço territorial pelos índios mantinha-se à época da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988). Como apontou o min. Carlos

Britto, a data da promulgação da CF/1988 serve como “chapa radiográfica” da questão das terras indígenas.

Em segundo lugar, está o marco da tradicionalidade da ocupação, que designa a íntima relação entre a terra e os índios, caracterizada por um vínculo anímico e psíquico que deriva da necessária influência dessa zona de pertencimento para a sobrevivência cultural e física, a evidenciar uma qualificada perdurabilidade da ocupação.

É justamente esse caráter tradicional que, conjugado com o marco temporal, impede que se afaste a caracterização de determinado espaço territorial como terra indígena quando se constata que a ausência dos índios decorre de força externa. Equivale a dizer que a ocupação indígena que não se verifique em 5 de outubro de 1988 não obsta a demarcação do espaço como terra indígena se os nativos foram expulsos antes desse marco temporal (esse é o caso, aliás, da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol), a despeito da manutenção da tradicionalidade que marca a relação entre o índio e a terra – constatada pelo laudo antropológico.

Em terceiro lugar, o min. Carlos Britto elenca o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Em relação a esta, tem-se que a delimitação das fronteiras territoriais deve observar as coordenadas constitucionais contidas no art. 231, § 1º, da CF/1988, analisadas conforme a extensão dos usos, costumes e tradições dos índios. Ou seja, o perímetro será definido analisando-se até que ponto se estendem os usos, costumes e tradições referentes à definição das áreas habitadas permanentemente, necessárias às atividades produtivas, à preservação dos recursos ambientais essenciais ao bem-estar e à reprodução física e cultural.

Por fim, em relação aos marcos, há o conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”. Nesse ponto, temos que a proporcionalidade a ser utilizada para delimitação da extensão da terra indígena não deve ser pensada segundo a concepção de não índios, que tende a ser inevitavelmente mais restrita, pois visa a garantir apenas a sobrevivência física.

Com efeito, a proporcionalidade deve ser vista segundo a concepção aborígene, que tem abrangência territorial garantidora de todo um sistema cultural, conforme a nova concepção constitucional, que alberga o direito à diferença e não mais a necessidade de integração. Não por outro motivo, deve ser afastada a adoção de uma demarcação baseada na proporcionalidade habitante/hectare, como expressamente refutada pelo min. Carlos Britto na PET 3388/R.R.

4.2 Procedimento administrativo de demarcação

O Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973), em seu art. 19, dispõe que o procedimento de demarcação de terras indígenas será disciplinado por decreto.

Atualmente, a disciplina encontra-se no Decreto n. 1.775/1996, que elenca os órgãos e entidades da Administração Pública que atuam nesse procedimento.

Segundo exposição feita por Ana Valéria Araújo (2006), esse procedimento administrativo pode ser subdividido nas seguintes etapas: identificação, contraditório, declaração de limites, demarcação física, homologação e registro.

De início, cabe ressaltar que a comunidade indígena envolvida participará do procedimento em todas as suas fases (art. 2º, § 3º, do Decreto n. 1.775/1996). Trata-se, de certa forma, de uma materialização do direito de autodeterminação, permitindo-se que os índios possam influenciar em procedimento conduzido pela União por força de determinação constitucional, que impacta diretamente na sua sobrevivência física e cultural. Trata-se de propiciar que os próprios índios participem ativamente do procedimento que culmina no reconhecimento do direito originário às terras que tradicionalmente ocupam.

A primeira etapa desenvolve-se no âmbito da FUNAI, que nomeará um antropólogo responsável por proceder à análise de

identificação da terra indígena, segundo as coordenadas delineadas no art. 231, § 1º, da Constituição Federal. Tal estudo inicial servirá de base para que sejam feitos estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e fundiária, por grupo de profissionais técnicos constituído preferencialmente por servidores da FUNAI. Após a finalização dos estudos, o grupo, coordenado pelo antropólogo, apresentará relatório com a caracterização da terra a ser objeto de demarcação, que será encaminhado ao presidente da FUNAI para aprovação e publicação no *Diário Oficial da União*, no *Diário Oficial* da respectiva unidade federada e afixação na sede da Prefeitura da situação do imóvel.

A segunda etapa constitui a oportunidade conferida a qualquer interessado, o que inclui os municípios e Estados-membros, de apresentar razões, acompanhadas de elementos probatórios, para impugnar os estudos realizados, o procedimento ou mesmo pleitear indenização. A apresentação poderá ocorrer desde a instauração do procedimento até noventa dias após a publicação do relatório do grupo técnico. A FUNAI dispõe de sessenta dias, a contar do término daquele prazo, para se manifestar e encaminhar o processo ao ministro de Estado da Justiça.

A terceira etapa envolve a declaração dos limites da área indígena. Com efeito, o ministro de Estado da Justiça, ao apreciar o processo, principalmente as razões apresentadas pelos interessados, e os pareceres da FUNAI, poderá tomar três atitudes: a) expedir, no prazo de trinta dias, portaria que declara os limites da área e determina sua demarcação física; b) prescrever diligências a serem cumpridas em noventa dias; c) desaprovar a identificação da área, por meio de decisão fundamentada que demonstre que não foram atendidos os critérios expostos no art. 231, § 1º, da CF/1988.

A quarta etapa, a cargo da FUNAI, diz respeito à demarcação física, corolário da decisão do ministro de Estado da Justiça, que declara os limites da área e determina tal demarcação. Trata-se da

fase em que serão colocados os marcos no chão e as placas de sinalização para delimitação física da área.

A quinta etapa refere-se à homologação do procedimento, a ser feita pela promulgação de um decreto pelo presidente da República.

Por fim, temos a etapa do registro, por meio da qual a terra indígena demarcada e homologada será inscrita no cartório de registro de imóveis da localidade em que se encontre e na Secretaria de Patrimônio da União, no prazo de trinta dias contados da publicação do decreto.

O procedimento administrativo deve ser finalizado em prazo razoável, podendo haver, se não respeitada tal garantia – que, inclusive, advém do próprio art. 5º, LXXVIII, da CF/1988 –, a busca do Judiciário para que determine a conclusão dentro de um prazo aceitável. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já tem decisão em que aceitou a fixação de prazo razoável pelo Judiciário para que fosse finalizado o procedimento administrativo de demarcação (REsp n. 1.114.012/SC, rel. min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 10.11.2009, *DJe* de 1º dez. 2009).

Cabe ressaltar, finalmente, que o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fixou o prazo de 5 anos, contados da promulgação da Constituição, para que a União finalizasse as demarcações. Tal prazo, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (RMS 26.212, rel. min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 3.5.2011), é meramente programático e não decadencial, de forma que sua inobservância não pode acarretar a perda do direito à demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

4.3 Natureza jurídica do ato de demarcação

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 231, *reconhece* os “direitos originários” dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Baseando-se nessa norma, Raimundo Leitão (1993) afirma que os direitos dos índios à terra independem de qualquer ato constitutivo, considerando a sua natureza originária, de modo que o ato de demarcação possui viés meramente declaratório, tendo por objeto somente a delimitação da real extensão da posse¹⁸.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da PET 3388/RR, também entendeu que o ato de demarcação tem natureza meramente declaratória e não constitutiva. Segundo o min. Carlos Britto, “os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente ‘reconhecidos’, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva”.

5 A proibição de ampliar a demarcação de terras indígenas como “salvaguarda institucional” e sua inaplicabilidade a demarcações anteriores à CF/1988

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ação popular relativa à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (PET 3388/RR), fixou determinadas condicionantes a serem observadas – também denominadas de “salvaguardas institucionais”. Tais condicionantes foram trazidas no voto do ministro Menezes Direito, sendo incorporadas ao dispositivo da decisão, para conferir mais operacionalidade à demarcação.

Uma dessas “salvaguardas institucionais” foi a XVII, que dispõe: “é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”.

Segundo o min. Menezes Direito, a impossibilidade de ampliação decorreria da necessidade de se respeitar a segurança jurídica, vedando-se que uma demarcação feita com base na verificação do

¹⁸ Esse entendimento também é defendido por José Afonso da Silva (2008).

fato indígena, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, seja revista para fins de ampliação. Do seu voto, podem ser extraídos os seguintes fundamentos:

Ora, uma vez estabelecido e constatado esse fato, com base no qual terá sido homologada a área da terra indígena, não pode haver mais espaço ou ensejo para uma revisão dessa área. Cuida-se aqui de verdadeira preclusão administrativa, que impedirá qualquer discussão sobre a área e os limites homologados. Não se concebe que o poder-dever da administração de rever de ofício seus atos alcance a constatação de um fato cuja ocorrência e extensão decorreram de procedimento instaurado regularmente, com observância do contraditório. Desse procedimento resultou a consolidação de direitos individuais, assim como outros interesses públicos ou particulares relacionados à área não abrangida pela terra indígena.

A existência desses interesses, direitos de natureza individual consolidados com a não-abrangência na terra indígena, impede uma aplicação absoluta do poder-dever de revisão dos atos da administração, como bem reflete o disposto no art. 53 da Lei nº 9.784/99 e na Súmula nº 473 deste Supremo Tribunal Federal (STF, PET 3388/RR, rel. min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 19.3.2009).

As próprias razões utilizadas pelo ministro Menezes Direito, de pronto, afastam qualquer argumento no sentido de que demarcações de terras indígenas operadas antes do advento da Constituição Federal de 1988 não poderiam ser revistas, em virtude da incidência da salvaguarda institucional XVII. Ainda que se possa criticar a substituição do indigenato por meio da adoção, pelo ministro, da teoria do fato indígena, a escolha dessa concepção não afasta a possibilidade de ampliação de terras demarcadas antes da nova ordem constitucional.

Essa situação é possível porque, mesmo na teoria do fato indígena, a delimitação territorial da área indígena deve ser pautada pelas coordenadas constitucionais expostas no art. 231, § 1º, da

CF/1988, que constituem, nas palavras do ministro Carlos Britto, o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional.

Isso evidencia que a condicionante XVII tem aplicabilidade restrita a revisões de demarcações que já se pautaram pelos critérios constitucionais, sendo inaplicável a demarcações anteriores ao advento da Constituição Federal de 1988. Não poderia ser outra a interpretação a ser conferida a essa salvaguarda institucional.

Como se abordou anteriormente, a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova forma de tratamento para os direitos indígenas, a qual assegura uma proteção avançada, que respeita o índio enquanto sujeito de direito concreto, considerando o seu especial modo de ser e de viver dentro de padrões próprios, que não podem ser suprimidos por serem diversos de outros adotados no Estado brasileiro.

A perspectiva de integração, institucionalizada nas ordens jurídicas pretéritas, cedeu espaço à adoção do direito à diferença. Não se defende mais uma necessidade de integrar os índios à comunidade nacional, como se o seu modo de ver o mundo fosse inferior e precisasse ser assimilado pela cultura dominante. Essa visão distorcida foi expressamente afastada pela Constituição Federal de 1988, que reflete um Estado multicultural e pluriétnico.

Desse modo, o caráter inicial que informa o poder constituinte originário instaura uma nova ordem jurídica que não mais se compadece com uma “invisibilidade institucionalizada das diferenças culturais”¹⁹.

A nova perspectiva constitucional do direito à diferença e a constatação de que a proporcionalidade na definição da extensão da

¹⁹ Expressão utilizada por Ricardo Henriques na apresentação da obra *Povos indígenas e a lei dos “brancos”*: o direito à diferença.

demarcação deve se pautar na garantia, também, da reprodução cultural das comunidades indígenas influenciam nos limites demarcatórios, possibilitando que haja um aumento dos limites de terras indígenas demarcadas no contexto das constituições federais pretéritas. A concepção de que os índios precisavam ser integrados à comunidade nacional conduzia a uma interpretação restritiva desse critério de proporcionalidade na definição dos limites da demarcação.

A história demonstra que a visão anterior à Constituição Federal 1988 em relação aos direitos dos povos indígenas ocasionou demarcações aquém das reais necessidades desses sujeitos de direito. Conforme relata Ana Valéria de Araújo, ao iniciar a abordagem das demarcações sob a égide da Constituição Federal de 1891 (2006, p. 27):

[...] O governo federal só demarcava terras indígenas após entendimentos com os governos estaduais e municipais. Tal situação continuou praticamente inalterada até os anos 60, em que pesem as Constituições de 34, 37 e 46 terem trazido dispositivos reconhecendo a posse dos índios sobre as terras por eles ocupadas.

A prática de discutir as demarcações de terras indígenas com os governos de estados e de municípios agravou a política de confinamento anteriormente mencionada. As terras indígenas eram geralmente demarcadas em extensão diminuta, liberando-se o que estava em volta para que os governos pudessem titular.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento convergente com o que está sendo defendido. No âmbito do MS 14.987/DF, a 1ª Seção da Corte Superior – ao se deparar com mandado de segurança impetrado por determinados municípios do Estado do Maranhão, por meio do qual questionavam a revisão de demarcação de terra indígena operada antes do advento da nova Constituição –, mediante o voto da ministra Eliana Calmon, assim entendeu:

Superados esses pontos, passo ao exame da alegação dos impetrantes de que a identificação da terra indígena Porquinhos dos Canela – Apãnjekra configuraria ampliação de terra indígena já demarcada,

providência vedada nos termos do decidido pelo STF no julgamento da Pet 3.388/RR.

[...]

A orientação existente antes da Constituição da República de 1988 era no sentido de proceder à demarcação de terras indígenas em limite inferior àquele correspondente à ocupação tradicional, já que o intuito era de integrar o índio à coletividade majoritária.

[...]

Dos trechos transcritos, constata-se que a promulgação da Constituição da República de 1988 representou uma revisão do enfoque atribuído à questão indígena no Brasil.

Até então a visão predominante era de que os índios encontravam-se em um estágio inferior de desenvolvimento e de que deveriam ser integrados à comunhão nacional.

Sob a égide da ordem constitucional anterior direitos eram assegurados aos índios com o fim de assegurar-lhes a existência até que houvesse a sua paulatina inserção na população dita civilizada.

[...]

Tem-se, portanto, que a revisão de terra indígena demarcada em data anterior à promulgação da Constituição de 1988 não encontra óbice, já que tal procedimento foi realizado sob a égide de regime normativo-constitucional incompatível com a ordem vigente.

Interpretando-se sistemática e teleologicamente os ditames da ordem constitucional instaurada com a Carta de 1988, verifica-se, pois, que a diretriz proposta pelo Min. Direito veda tão-somente que se amplie reserva indígena que tenha sido demarcada em data posterior ao marco temporal eleito pela Constituição Cidadã, qual seja, 05/10/1988, já que, nesses casos, o processo de demarcação terá observado a diretriz traçada pelo Poder Constituinte de 1988 de respeito à preservação da cultura e das tradições dos povos indígenas.

Conforme já ressaltado ao longo deste voto, o processo administrativo homologado pelo Decreto nº 88.599 de 09/08/1983, que

tratou primeiramente da demarcação da terra indígena Porquinhos, tramitou na década de 1970, período em que vigia a Constituição de 1969 (para alguns Constituição de 1967 com Emenda de 1969) e a doutrina que pregava a inserção dos índios na comunidade majoritária tida por civilizada, assegurando aos aborígenes apenas o mínimo necessário à sua existência, posição esta que foi totalmente alterada pela Constituição de 1988 e que, por via de consequência, acarretará, no mais das vezes, a ampliação da terra indígena inicialmente demarcada (STJ, MS 14.987/DF, Primeira Seção, rel. min. Eliana Calmon, julgamento em 28.4.2010).

Além desses argumentos, sob o ponto de vista processual, a condicionante XVII estabelecida no julgamento da PET 3388/RR, apesar de contida em dispositivo de decisão proferida em sede de ação popular, só se aplica ao caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, não podendo ser invocada como elemento de observância obrigatória em outros processos. Equivale a dizer que as condicionantes estabelecidas pelo STF nesse julgamento não vinculam outros órgãos do Poder Judiciário, como já decidiu a Corte Suprema no julgamento dos embargos de declaração na PET 3388/RR (Rel. min. Luis Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgamento em 23.10.2013).

Nesse sentido, também não cabe a invocação, por parte de agentes privados ou entes federativos, da “salvaguarda institucional” XVII estabelecida na PET 3388/RR para impedir a ampliação de demarcação de terras indígenas cujos limites foram estabelecidos antes da Constituição Federal de 1988, seja sob a ótica material, seja processual.

6 Considerações finais

A nova ordem constitucional instaurada pela Constituição Federal de 1988 trouxe significativos avanços no que tange aos direitos dos povos indígenas, destacando-se, no âmbito das normas que os prevêm, aquelas voltadas ao tratamento da relação entre

eles e as terras que tradicionalmente ocupam, considerando o próprio significado dessa zona de pertencimento para sua sobrevivência física e cultural.

No plano infraconstitucional, a Convenção n. 169 da OIT também conferiu proteção avançada aos povos indígenas, indo ao encontro da intenção do constituinte originário no que toca ao tratamento voltado às terras indígenas, salvo no que tange à propriedade delas, hipótese em que prevalecem as disposições constitucionais em razão da inferioridade hierárquica da convenção – é norma supralegal.

A alteração de paradigma operada pela Constituição Federal de 1988 em relação ao tratamento conferido aos direitos dos povos indígenas, adotando uma concepção que respeita sua diversidade cultural, em detrimento da noção assimilacionista presente nas constituições anteriores, impacta nos critérios para a delimitação territorial das áreas ocupadas de forma tradicional pelos índios.

Esse novo modo de conceber os direitos indígenas é apto a propiciar a ampliação dos limites de terras indígenas demarcadas antes do advento da Constituição Federal de 1988, considerando-se a influência exercida principalmente a respeito do que o ministro Carlos Britto denominou de marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado *princípio da proporcionalidade*.

Diante dessa opção constitucional, a condicionante XVII estabelecida no julgamento da PET 3388/RR (demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol), segundo a qual seria vedada a ampliação de terras já demarcadas, é inaplicável a demarcações que precedem a nova ordem constitucional, o que se pode extrair, inclusive, do próprio voto do ministro Menezes Direito, que a trata no âmbito de revisão de demarcações originárias que já teriam sido feitas sob o influxo das normas da CF/1988.

Referências

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O direito à autodeterminação dos povos indígenas: entre a secessão e o autogoverno. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 588-620.

ARAÚJO, Ana Valéria. Direitos indígenas no Brasil: breve relato de sua evolução histórica. In: Ana Valéria Araújo (coord.). *Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença*. Brasília: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade do Ministério da Educação e LACED/Museu Nacional, 2006, p. 23-43.

ARAÚJO, Ana Valéria. Direitos indígenas: estado da arte. In: Ana Valéria Araújo (coord.). *Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença*. Brasília: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade do Ministério da Educação e LACED/Museu Nacional, 2006, p. 45-79.

CARVALHO, Edson Ferreira de. *A tutela jurídica das terras indígenas no ordenamento jurídico brasileiro*. Fórum de Direito Urbano e Ambiental FDUVA, Belo Horizonte, ano 5, n. 29, set./out. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37936>>. Acesso em: 4 fev. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 28, n. 111, p. 315-320, jul./set. 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEITÃO, Raimundo Sergio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena: a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 65-80.

PEREIRA, Deborah Macedo D. de Brito. *Demarcação de Terras Indígenas: o papel do Judiciário*. Disponível em: <<http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/autores/deborah-m-duprat-de-britto-pereira>>. Acesso em: 27 maio 2014.

_____. *O Direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/o_direito_sob_o_marco_da_pluriétnicidade_multiculturalidade.pdf>. Acesso em: 9 maio 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Demarcação de terra indígena*. Interesse Público IP. Belo Horizonte, ano 10, n. 52, nov./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56164>>. Acesso em: 4 fev. 2014.