

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS - UFSCAR  
CAMPUS SOROCABA  
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM SUSTENTABILIDADE NA GESTÃO  
AMBIENTAL**

**ÂNGELO APARECIDO DE SOUZA JÚNIOR**

**A CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO  
SOBRE DIREITOS INDÍGENAS E SUA (IN)APLICABILIDADE NO TERRITÓRIO  
BRASILEIRO**

**SOROCABA  
2016**

ÂNGELO APARECIDO DE SOUZA JÚNIOR

A CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO  
SOBRE DIREITOS INDÍGENAS E SUA (IN)APLICABILIDADE NO TERRITÓRIO  
BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sustentabilidade na Gestão Ambiental da Universidade de Federal de São Carlos – UFSCar – Campus Sorocaba, como requisito para obtenção do título de Mestre em Sustentabilidade na Gestão Ambiental.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Fernanda Sola

SOROCABA  
2016

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Ângelo Aparecido de Souza Júnior

Dissertação defendida em 10 de Outubro de 2016

Banca Examinadora

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Fernanda Sola  
Orientadora (UFSCar)

Prof. Dr. César Tavares  
Examinador (Assessor Jurídico do Município de Araçoiaba da Serra)

Prof. Dr. José Marcos Nayme Novelli  
Examinador (UFSCar)

Prof. Dr. Sílvio César Moral Marques  
Examinador (UFSCar)

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Thais Luzia Colaço  
Examinadora (UFSC)

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha noiva Williana, que esteve ao meu lado em todos os momentos difíceis e me encorajou a chegar até aqui.

A meus pais Neusa e Nino, sem os quais isso tudo não seria possível.

A minha querida orientadora Prof<sup>a</sup>. Fernanda, a qual me deu o suporte necessário para conclusão deste trabalho.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço inicialmente ao Programa de Pós-Graduação em Sustentabilidade na Gestão Ambiental (PROSGAM) e a todos os professores que contribuíram pela minha formação no decorrer destes dois anos.

Aos colegas do Programa, os quais me propiciaram conhecimentos além da minha área de atuação.

Aos profs. José Marcos Nayme Novelli e Sílvio César Moral Marques, os quais contribuíram de maneira significativa para a conclusão do presente trabalho.

Aos meus alunos, os quais por vezes se viram “obrigados” ao final das aulas a sentarem e refletirem comigo os problemas trazidos no presente trabalho.

## RESUMO

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes mudanças no tocante ao tratamento dispensado aos povos indígenas, em especial o princípio da alteridade, consubstanciado no direito do indígena em ser diferente, bem como disciplinando a questão das terras indígenas, as quais podemos observar possuem alguns institutos próprios, diversos do Direito Civil. Entretanto, nem sempre foi assim, o Brasil passou por diversas evoluções legislativas até chegarmos nos dias atuais, pelo que a ideia integracionista em relação aos povos indígenas à sociedade local veio perdendo força com referidas evoluções, desaparecendo após o advento da Carta Magna de 1988. Buscou-se também, em um primeiro momento, o estudo acerca da existência ou não de um Estado Indígena no território brasileiro antes da colonização europeia a justificar os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, previsto em nossa Constituição Federal. A corroborar a necessidade de uma maior proteção aos povos indígenas, estudamos as Convenções Internacionais que tratam do assunto, em especial as editadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), cabendo assim, uma análise pormenorizada de referida organização e sua capacidade jurídica de Direito Internacional para figurar como parte em um tratado. Assim, amparados em referidas Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil, observou-se a preocupação no cenário internacional para com os povos indígenas. Entretanto, não obstante a ratificação pelo Brasil de referidas convenções, cumpre aqui analisar o procedimento de internalização destas, analisando-se as correntes doutrinárias dualistas e monistas; o *status* de referidas convenções ao ingressarem no Brasil e, a eventualidade de algum vício de constitucionalidade. Buscou-se também auferir, dentro da legislação infraconstitucional, se esta apresenta algum vício com a atual Constituição Federal e, como referidas legislações podem, aliadas às Convenções Internacionais, contribuem para uma melhor percepção da importância na proteção aos povos indígenas como mecanismo de preservação da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições destes povos.

Palavras-chave: Direito Indígena. Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. Direitos Originários. Estatuto do Índio. Princípio da Alteridade.

## ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution of 1988 brought great changes concerning the treatment of indigenous peoples, especially the principle of alterity, reflecting on the right for the indigenous people to be different, as well as the issues on indigenous lands, which have some of very own institutes, diverse from Brazilian Civilian Law. However, it has not always been this way. Brazil has been through many legislation evolutions until we reached the current moment, when the integrationist idea relating the indigenous people to the local society has lost its power and has now disappeared, after the 1988 Constitution. We started with the investigation of the existence or not of an indigenous estate inside the Brazilian territory before the European colonization that justifies the primary rights to the lands that they traditionally occupy, provided by our Federal Constitution. To corroborate the need for a better protection to the indigenous people, we studied the International Conventions, which were held around this subject, especially the ones edited by the International Labour Organization (ILO), which asks for a detailed analysis on the organization and its juridical capacity of International Law to be part of a treaty. Therefore, considering the referred International Conventions endorsed by Brazil, we could observe the concern in the International scenery about the indigenous people. Notwithstanding the endorsement by Brazil, it is necessary to analyze the process of internalization of these, considering the dualist and unitary tendencies; the *status* of these conventions when they get to Brazil; and the eventuality of some constitutional habit. We also searched in the infra-constitutional legislation, if it presents any irregular habit with the Federal Constitution and if they contribute to a better perception of the importance of the protection of the indigenous peoples as a mechanism of preservation of the social organization, customs, languages, beliefs and traditions of these peoples.

Key-Words: Indigenous Rights; 169th Convention of the International Labour Organization; Primary Rights; Statute of the Indigenous People; Principle of Alterity.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CF - Constituição Federal

CIJ - Corte Internacional de Justiça

EC - Emenda Constitucional

FUNAI - Fundação Nacional do Índio

LINDB - Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro

OIT - Organização Internacional do Trabalho

ONU - Organização das Nações Unidas

PROSGAM - Pós-Graduação em Sustentabilidade na Gestão Ambiental

PET - Petição

RE - Recurso Extraordinário

RMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

SPI - Serviço de Proteção aos Índios

SPLINT - Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais

STF - Supremo Tribunal Federal



## ANEXOS

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 231 e 232) .....	82
Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004 (Convenção nº 169 da OIT) .....	83
Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio) .....	98

## SUMARIO

JUSTIFICATIVA DO TEMA .....	12
1. CAPÍTULO PRIMEIRO: Aspectos introdutórios ao Direito Indígena	
Introdução .....	16
1.1 Metodologia .....	17
1.2 Objetivos .....	18
1.1.1 Objetivo Geral .....	18
1.1.2 Objetivos Específicos .....	18
2. CAPÍTULO SEGUNDO: A propriedade indígena no ordenamento jurídico brasileiro	
2.1. A (in)existência de um Estado indígena a justificar a “posse originária” das terras indígenas .....	20
2.2. O jus-humanismo como justificativa ao “direito originário” sobre as terras para os povos indígenas .....	24
2.3. Breve apontamento histórico .....	26
2.4. Os direitos indígenas em nossa legislação .....	27
2.5. A Constituição Federal de 1988 e o Direito Indígena .....	35
2.5.1 A chamada “posse permanente” do art. 231 da Constituição Federal de 1988 .....	35
2.5.2 Posse Imemorial .....	38
2.5.3 A questão da propriedade aos povos indígenas e quilombolas: violação ao princípio da isonomia? .....	40
3. CAPÍTULO TERCEIRO: O Direito Internacional e seu reflexo dentro do ordenamento jurídico brasileiro	
3.1. A Organização Internacional do Trabalho – OIT .....	43
3.2. Tratados Internacionais .....	45
3.2.1 A capacidade das organizações internacionais .....	47
3.2.2 Tratados bilaterais, multilaterais e a cláusula de reserva .....	50
3.2.3 Recepção dos tratados no Brasil – teoria monista e dualista .....	54
3.2.4 <i>Status</i> dos tratados no Brasil .....	60

3.2.5 Convenção nº 169 da OIT e seu <i>status</i> dentro do ordenamento jurídico brasileiro .....	63
4. CAPÍTULO QUARTO: Os subsídios a justificar à propriedade indígena	
4.1. A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Direitos Indígenas e sua (in)aplicabilidade dentro do território nacional .....	67
4.2. O Estatuto do Índio e sua constitucionalidade parcial .....	72
CONCLUSÃO .....	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	77

## JUSTIFICATIVA DO TEMA

Inicialmente cumpre-nos justificar a adequação do tema escolhido ao Programa de Pós-Graduação em Sustentabilidade na Gestão Ambiental (PROSGAM), em especial referente à linha de conflitos socioambientais.

Inicialmente cumpre observar que parte da literatura especializada ao tratar do tema costuma usar os termos “Direito Indigenista” ou “Direito Indígena” muitas vezes como sinônimos, vindo alguns autores, como Wilson Matos da Silva<sup>1</sup> a entender que o primeiro diz respeito às normas positivadas, com vistas a reger as relações dos índios e não-índios, enquanto o segundo seriam regras postas aos índios dentro de suas aldeias com vistas a reger seu cotidiano.

Assim, em nosso trabalho adotaremos o termo “Direito Indígena” como sendo aquele que diz respeito a normatização com vistas a regular as relações dos índios e não-índios como já dito anteriormente, mas também como aquele responsável pela criação de normas que resguardem aos povos indígenas algum tipo de direito.

Assim, superada esta primeira análise, cumpre-nos verificar qual a definição de índio. Barreto (2008, p. 97), em sua obra “Direitos Indígenas: vetores constitucionais”, define índio com sendo “todo ser humano que se identifica e é identificado como pertencente a uma comunidade indígena”.

Referida definição vai de encontro ao estabelecido no sítio eletrônico da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, onde lá se define o índio pela autodeclaração e consciência de sua identidade indígena ou no reconhecimento dessa identidade por parte do grupo de origem<sup>2</sup>.

Assim, quando falamos em Direitos Indígenas, este encontra-se inserido nos chamados “Direitos das Minorias”, o qual revela-se indispensável para a compreensão aprofundada da construção histórica da igualdade, da eficácia no plano jurisdicional dos direitos fundamentais e das decisões proferidas a esse respeito.

O termo “Minoria” tratar-se de um conceito aberto, e seu emprego determina os parâmetros de análise das relações estabelecidas entre os pertencentes ao grupo minoritário e ao grupo majoritário. Rigaux (2003, p. 35-36) conceitua minoria como:

---

<sup>1</sup> Povos Indígenas no Brasil. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/noticias?id=17127>>. Acesso em: 15 de ago. 2016.

<sup>2</sup> Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/todos-ouvidoria/23-perguntas-frequentes/97-pergunta-3>>. Acesso em: 13 de ago. 2016.

“todo grupo social detentor de traços relativamente indelévels e cujos membros não poderiam por esse motivo fundir-se em uma população homogênea apta a gerar maiorias flexíveis e mutáveis. O pertencer étnico, a língua, a fidelidade às tradições religiosas ou culturais que não são partilhadas pela maioria da população [...] Nem todos esses traços são absolutamente indelévels, pode-se mudar de língua, de religião, escolher integrar-se ao modo de vida da população dominante, mas a questão é saber se é obrigado a fazê-lo, mais exatamente, se as leis adotadas pela maioria podem coagir ou incitar a isso”

A exemplo do exposto acima pelo autor, podemos citar os índios residentes no território brasileiro, que possuem diferentes línguas e religiões entre as diversas etnias, mas pertencem a um mesmo grupo nas discriminações que os impedem de ter acesso à terra ou mesmo sua integração, quando assim o desejam, em nossa sociedade.

Entretanto, não se pode utilizar, por exemplo, a característica que faz de um indivíduo minoria em uma determinada relação sem que o contexto da relação jurídica litigiosa esteja presente. A condição de minoria não é inerente ao sujeito; ela deverá ser estabelecida na relação jurídica levada ao Poder Judiciário e, a pedido da parte. Assim, o indivíduo não ostenta em seu cotidiano a condição de minoria, referida condição somente se lhe torna intrínseca quando a partir dela se verifica um óbice ao exercício de algum direito, tal como nas hipóteses de cotas para ingresso em universidades públicas.

Como podemos observar, quando falamos em “minorias”, esta deve prevalecer como um entendimento de toda uma coletividade que, em detrimento da maioria, pode sofrer algum tipo de discriminação em face de sua etnia, religião, raça e etc..

Conforme Mello (2004, p. 86) a criação das minorias como categoria jurídica está associada ao Direito Internacional Público, registrando que referida noção advém da Reforma, em que se rompe a unidade religiosa europeia e, com isso, a questão das minorias emerge. Um dos primeiros documentos que estabeleceu o objetivo de se proteger uma minoria – no caso, religiosa – remonta a 1606: o Tratado de Paz de Viena, celebrado entre o Imperador Rodolfo II e o Príncipe da Transilvânia Stephen Bockay, proporcionando tolerância aos calvinistas.

O autor ainda destaca a chamada Paz de Westfalia, a qual deu proteção as denominadas minorias religiosas e das minorias étnicas no Tratado de Varsóvia, de 1773, que fez a primeira partilha da Polônia.

Segundo Martins e Mituzani (2011, p. 74) a proteção das minorias religiosas no séc. XIX era confundida com a chamada “intervenção humanitária”, entendida à

época como a garantia da liberdade de religião – e não a proteção de indivíduos que se diferenciavam por determinado credo. Quanto às minorias étnicas, estas aparecem no Congresso de Viena, em 1815, quando é estabelecido que Rússia, Prússia e Áustria garantirão aos poloneses “uma representação e instituições nacionais” (MELLO, 2004, p. 952).

Já no Brasil, devemos verificar a importância que referido tema trouxe a nosso ordenamento jurídico através da Conferência de Durban contra o Racismo ocorrida em 2001, dando origem ao Decreto nº 4.886, de 20 de novembro de 2003, o qual tratou de instituir a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial.

Referido documento veio a reconhecer a importância da cultura indígena em seus objetivos específicos quando dispõe: “Reavaliação do papel ocupado pela cultura indígena e afro-brasileira, como elementos integrantes da nacionalidade e do processo civilizatório nacional”.

A este documento, bem como outros que temos em nosso ordenamento jurídico, a exemplo do Decreto Legislativo nº 143 (o qual ratificou a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Direitos Indígenas) temos as chamadas políticas de “inclusão” ou de “compensação” dirigidos às minorias, as quais segundo Shiraishi Neto (2013, p. 21) “carecem de uma falta de critérios objetivos para a distinção e classificação desses grupos sociais considerados ‘minorias’”.

A corroborar a dificuldade trazida por Shiraishi Neto em estabelecer critérios objetivos para a distinção e classificação desses grupos, Bobbio (1995, p. 234) observa que o termo raça não deve ser usado para definição de etnia, pois a concepção de raça, quando tratamos de seres humanos, não possui fundamento científico, sendo utilizado somente para justificar a discriminação.

Como podemos observar, a concepção de direito da minoria foge a simples concepção de raça, a qual aliás não deve ser utilizada ante sua falta de embasamento científico, devendo ser entendida como “reclamos de diversas identidades minoritárias que defienden su diferencia específica en un mundo globalizado con pretensiones homogeneizantes” (PALMA, 2013, p. 193).

Deste modo, podemos observar que é papel do Estado proteger referidas minorias dos grupos majoritários, quando estes se fazem presentes no sentido de impor sua homogeneização em face destes grupos minoritários, desrespeitando com isso o direito destes últimos em serem diferentes.

Assim, a considerar que os grupos indígenas estão intimamente ligados a questão das terras e, por consequência do meio ambiente, devemos entender que há duas lógicas que orientam a sociedade brasileira frente à terra indígena, (i) uma desenvolvimentista, de caráter econômico e que visa o mercado e geração do lucro, e, (ii) uma outra, de natureza comunitária, que valoriza os Direitos Humanos, respeita o direito da diferença dos povos indígenas e entende a terra como lugar de vida e cultura (LOUREIRO, 2010, p. 106).

Por esta razão, optamos por uma melhor análise acerca das terras indígenas, aqui debatendo sua propriedade, posse, usufruto e demais mecanismos que visem garantir aos povos indígenas sua permanência, bem como sua independência cultural, pelo que se assim o fizermos, estaremos por via reflexa discutindo as questões ambientais que são inerentes a sobrevivência de referidos povos.

## 1. CAPÍTULO PRIMEIRO: Aspectos introdutórios ao Direito Indígena

### Introdução

Várias são as razões pelas quais se pode abordar o tema “Direitos Indígenas”<sup>3</sup>. Uma delas encontra-se no fato incontestável de que a história dos povos indígenas após o primeiro contato com os colonizadores, se traduz em uma história de desrespeito à dignidade da pessoa humana, a exemplo dos esbulhos, estupros, genocídios e roubos (LOBO, 1996, p. 11) tudo isso acobertado sobre um manto histórico que nos leva a crer na existência de uma política inclusiva e uma visão romântica do “selvagem” criada pela classe dominante.

Assim, verifica-se a partir de uma análise histórica, que tanto a política anterior, quanto o atual modelo jurídico liberal-individualista não é capaz de responder e dar uma solução à problemática enfrentada pelos povos indígenas

Referida problemática encontra-se evidente, quando analisamos quanto tempo nossa legislação demorou para reconhecer os povos indígenas como “diferentes”, e não como inferiores (MAZUR, 2009, pg. 175).

Não obstante alguns possam achar o tratamento dado ao presente trabalho como extremista e, por vezes desanimador, essa é uma abordagem pragmática que se extrai da nossa sociedade muito em consequência de um contexto histórico no qual repudia-se a existência de direitos indígenas originários, em especial sobre a terra.

A despeito disso, Lobo (1996, p. 12) esclarece que:

“[...] ainda não nos acostumamos com a idéia de que os índios têm direitos, tal como os negros, os sem terras, os pobres, os presidiários, os menores abandonados, os deficientes em geral e todos os demais integrantes dessa massa populacional a que chamamos ironicamente de minoria. Na verdade, maioria dominada”.

Entretanto, importe também reconhecermos que os aspectos culturais da época do descobrimento de nosso país eram totalmente diversos, pelo que o tratamento dado aos povos indígenas era tido como justo e legal, pelo que forçoso entendermos que as gerações futuras não podem ser ‘penalizadas’ pela atitude

---

<sup>3</sup> Conforme aponta Basso (2015) “O uso do termo “indígena” tem origem na cultura europeia e ocidental. Para os próprios “índios”, esse termo não existe, sendo que cada um se considera pertencente a sua própria etnia, seja ela Guaicuru, Paiaguás, Guarani etc”. O presente termo será utilizado no presente trabalho apenas pela sua usualidade.



adotada àquela época, mas também devemos reconhecer que estas devam buscar mecanismos que possam trazer aos povos indígenas direitos que, não obstante não chequem a estabelecer um *status quo ante*, ao menos propicie garantias para que estes possam preservar suas culturas.

Assim, o presente trabalho tem como escopo se posicionar acerca do tratamento que é dirigido aos povos indígenas dentro do território brasileiro, buscando justificar os direitos inerentes a esta população, em especial sobre suas terras, contribuindo assim com os dizeres do Prêmio Nobel da Paz Desmond Tutu, o qual proferiu: “Não há lugar para a neutralidade. Quando você diz que está neutro em relação a uma situação de injustiça e de opressão, você decidiu apoiar um *status quo* injusto”.

Deste momo buscou-se analisar como o Brasil, através de sua evolução legislativa buscou proporcionar aos povos indígenas direitos que lhe foram usurpados à época do descobrimento, em especial pela promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual reconheceu a estes povos o direito às suas terras e, qual o impacto da recepção da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, a qual trata sobre povos indígenas e tribais, trouxe a nosso ordenamento jurídico.

## 1.1 Metodologia

A fim de verificarmos o problema proposto no presente trabalho (aplicabilidade ou não da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT), buscou-se se valer de uma pesquisa desenvolvida pelo método dialético, na qual as contradições se transcendem dando origem a novas contradições que passam a requerer solução. É um método de interpretação dinâmica e totalizante da realidade. Considera que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social, político, econômico, etc. (GIL, 1999, p. 32).

Assim, o método dialético é contrário ao conhecimento rígido, ou seja, imutável; tudo é visto em constante mudança, pois sempre há algo que nasce e se desenvolve e algo que se desagrega e se transforma (ANDRADE, 2012, p. 121).

Entretanto, devemos observar que não há como se valer apenas de um método, ante o complexo mundo das investigações científicas, devendo, muitas vezes, o pesquisador se valer de métodos a fim de ampliar sua capacidade para obtenção de respostas, como é o caso no presente trabalho, onde por vezes

adotaremos o método fenomenológico, uma vez que nesta, o sujeito/ator é reconhecidamente importante no processo de construção do conhecimento, vez que a realidade é construída socialmente e entendida como o compreendido, o interpretado, o comunicado (GIL, 1999, p. 34).

Outrossim, antes de adentrarmos na escolha da técnica de pesquisa, devemos observar que esta não se confunde com método de pesquisa. Para Ruiz (1991, p. 138):

“A rigor, reserva-se a palavra método para significar o traçado das etapas fundamentais da pesquisa, enquanto a palavra técnica significa os diversos procedimentos ou a utilização de diversos recursos peculiares a cada objeto de pesquisa, dentro das diversas etapas do método”.

Assim, quanto a técnica de pesquisa, ou seja, a coleta de dados, o presente trabalho se deu pela documentação indireta, da qual fazem parte a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental (ANDRADE, 2012, p. 123).

Deste modo, referida técnica de pesquisa (documentação indireta) valeu-se não da pesquisa bibliográfica, mas sim também de fontes diretas, como a leitura e análise de leis e tratados internacionais, além do estudo jurisprudencial. Além da dimensão jurídica, a pesquisa adentra na seara da antropologia, história, sociologia e ciência política, assumido, com efeito natureza multidisciplinar.

## **1.2 Objetivos**

### **1.1.1 Objetivo Geral**

Compreender e argumentar a respeito da aplicabilidade da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho no território brasileiro.

### **1.1.2 Objetivos Específicos**

- Estudar e descrever a evolução do Direito Indígena no Brasil;
- Estudar e debater a concepção de propriedade indígena;
- Estudar e compreender os Tratados Internacionais;

- Estudar e compreender a importância da Organização Internacional do Trabalho acerca dos assuntos indígenas;
- Traçar um comparativo entre a legislação internacional e nacional acerca dos Direitos indígenas;
- Tratar a partir do referencial teórico adotado, de estabelecer a aplicabilidade ou não da Convenção 169 da OIT

## **2. CAPÍTULO SEGUNDO: A propriedade indígena no ordenamento jurídico brasileiro**

### **2.1 A (in)existência de um Estado indígena a justificar a “posse originária” das terras indígenas**

O estudo da origem e formação dos Estados, em especial quando tratamos dos povos indígenas é complexa e, por vezes, carente de subsídios a justificar a existência anterior à colonização de um Estado propriamente dito indígena.

De acordo com Dallari (2013, p. 59) a denominação Estado vem do latim *status*, que significa estar firme, ou seja, situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, tendo seu aparecimento pela primeira vez na obra "O Príncipe" de Nicolau Maquiavel, escrito em 1513. É certo que a denominação “Estado”, indicando uma sociedade política, surge somente no séc. XVI, sendo este o argumento de alguns autores para justificar a inexistência de Estados em sua forma política antes do séc. XVII.

Como podemos observar, a concepção de Estado com o qual trabalhamos nos dias atuais é demasiadamente nova, entretanto, mesmo assim é possível transportá-la às comunidades indígenas que habitavam o Brasil antes da chegada dos europeus.

Maluf (2013, p. 49), aponta como meios de nascimento dos Estados as modalidades: (i) originário, (ii) secundários e (iii) derivados, sendo que o primeiro surge do próprio meio nacional, sem influências externas junto a determinado território, organizando-se política e juridicamente.

As populações indígenas que aqui habitavam há tempos, independente de fatores externos se juntaram, formando cada qual suas tribos, as quais eram regidas por um ordenamento interno, a exemplo da organização que ainda se verifica nos dias atuais junto as aldeias em nosso Brasil.

Poderíamos afirmar então a existência dos elementos essenciais do Estado àquela época, sendo estes a soberania, território, povo e finalidade (DALLARI, 2013, 79). Assim, o território era definido por cada tribo que aqui residia, cada qual possuindo o seu; o povo era formado pelos indígenas pertencentes a cada tribo; a soberania, cada tribo possuía a sua vez que não eram subordinadas a nenhum ente hierárquico

e, a finalidade se caracterizava pelo fim em si mesma de cada tribo, ou seja, a organização da tribo visava o bem-estar de todo o coletivo.

Outrossim, ainda segundo Maluf (2013, p. 52) no tocante a forma derivada, o Estado pode surgir por motivos exteriores, sendo estes: (i) colonização, (ii) concessão dos direitos de soberania e (iii) ato de governo.

Assim, poderíamos dizer que o Estado brasileiro possa ter surgido de forma derivada, através da colonização dos índios que aqui residiam, motivo pelo qual o reconhecimento da origem do Estado brasileiro pelo modo derivado por si só poderia caracterizar a pré-existência de um Estado indígena se adotássemos as concepções acima trazidas.

Outrossim, temos que a extinção de um Estado pode se dar por causas gerais, quando lhe faltar um de seus requisitos morfológicos (território, população e governo) ou por causas específicas (conquista, emigração, expulsão ou renúncia dos direitos de soberania (MALUF, 2013, p. 53).

Assim, a fim de justificar a possível existência de um Estado indígena anterior à colonização, nos interessa neste momento somente a análise da extinção do Estado pela conquista ou expulsão.

Se adotássemos a conquista ou expulsão como fator preponderante para o surgimento de um Estado, poderíamos concluir que o nascimento do Estado brasileiro se deu pela conquista ou expulsão de um outro Estado, qual seja, um Estado Indígena.

Entretanto, a aceitação da existência de um Estado indígena com base em referidos fundamentos por si só não é o bastante, precisamos analisar um pouco mais aprofundado a concepção de Estado.

Norberto Bobbio<sup>4</sup> ao analisar a Teoria do Estado e do Poder em Max Weber afirma que o Estado é o “monopólio da força legítima” e, que a “perda do monopólio do poder de coação representaria pura e simples retorno à situação do ‘estado natural’ de Hobbes”.

Assim, não obstante os elementos trazidos no início deste capítulo para definição de Estado (soberania, território, povo e finalidade) necessário se faz a concepção de que ao Estado cabe o chamado monopólio da força, o qual aqui se entende como sendo legítima, ou seja, reconhecido e aceito pela sociedade.

---

<sup>4</sup> Ensaio Escolhidos – História do Pensamento Político.

Ora, se para a formação do Estado não basta apenas os aspectos formais, sendo crucial também o monopólio da força, aqui entendido como o poder de coação, nosso entendimento da existência de um Estado indígena cai por terra.

A corroborar referido entendimento Clastres (1979, p. 183) assim nos ensina:

“As sociedades primitivas são sociedades sem Estado [...]. O fato que se enuncia é que as sociedades primitivas estão privadas de alguma coisa – o Estado – que lhes é, tal como a qualquer outra sociedade - a nossa, por exemplo - necessária. Essas sociedades são, portanto, incompletas. Não são exatamente verdadeiras sociedades - **não são policiadas** -, e subsistem na experiência talvez dolorosa de uma falta - falta do Estado - que elas tentariam, sempre em vão, suprir. (grifo nosso)

Aqui podemos observar o uso do termo “policiadas” pelo autor, ou seja, não haveria nas sociedades primitivas o chamado monopólio da força anteriormente trazido por Weber.

Por sua vez Marx “considerava as condições materiais de uma sociedade como a base de sua estrutura social e da consciência humana. A forma do Estado, portanto, emerge das relações de produção, não do desenvolvimento geral da mente humana” (CARNOY, 1988, p. 65).

Na concepção de Marx “a consciência humana que guia e até mesmo determina essas relações individuais é o produto das condições materiais - o modo pelo qual as coisas são produzidas, distribuídas e consumidas” (CARNOY, 1988, p. 65).

Importante salientar que a concepção de Marx do Estado contradizia a concepção de Hegel de que o Estado é eterno e não histórico, transcendendo à sociedade como uma coletividade idealizada, vez que se moldaria pelo modo dominante de produção e das relações de produção inerentes a esse modo (CARNOY, 1988, p. 66).

Outrossim, Marx defendia que o Estado, emergindo das relações de produção, não representa o bem-comum, mas é a expressão política da estrutura de classe inerente à produção. Aqui mais uma vez Marx se contrapõe aos entendimentos de Hegel de que o Estado deveria servir como curador da sociedade como um todo (CARNOY, 1988, p. 67).

Como podemos observar, justificar a existência de um Estado indígena utilizando apenas os elementos formais (soberania, território, povo e finalidade) seria demasiadamente leviano de nossa parte, pelo que a concepção de que o Estado deve

ir além de referidos elementos formais, tomando-se como elemento fundamental de sua existência a ideia de “monopólio legítimo da força”, elemento este inexistente nas tribos indígenas.

Outrossim, não podemos ignorar os entendimentos trazidos por Marx no sentido de que o Estado é a expressão política da estrutura de classes a qual é expressão das relações de produção.

Assim, para Marx as relações internas de cada Estado, a teor do que Weber já pregava, são também de pura força, uma vez que baseadas no domínio de uma classe sobre outra, domínio este que só pode ser mantido pelo uso da força (BOBBIO, 1995, p. 164).

Vladimir Ilitch Lenin, em sua obra “O Estado e a Revolução” (1917, p. 03)<sup>5</sup>, sintetiza a ideia de Engels acerca de Estado nos seguintes dizeres:

“O Estado não é, de forma alguma, uma força imposta, do exterior, à sociedade. Não é, tampouco, “a realidade da Idéia moral”, “a imagem e a realidade da Razão como pretende Hegel. É um produto da sociedade numa certa fase do seu desenvolvimento. É a confissão de que essa sociedade se embaraçou numa insolúvel contradição interna, se dividiu em antagonismos inconciliáveis de que não pode desvencilhar-se. Mas, para que essas classes antagônicas, com interesses econômicos contrários, não se entre devorassem e não devorassem a sociedade numa luta estéril, sentiu-se a necessidade de uma força que se colocasse aparentemente acima da sociedade, com o fim de atenuar o conflito nos limites da “ordem”. Essa força, que sai da sociedade, ficando, porém, por cima dela e dela se afastando cada vez mais, é o Estado”

Também por este entendimento podemos afastar a ideia de existência de um Estado Indígena anterior à colonização, vez que estas tribos não possuíam separação de classes, ou seja, não existiam classes antagônicas, com interesses econômicos contrários, mas sim uma base econômica voltada para sua subsistência, assim como nos dias de hoje.

Também por este entendimento podemos afastar a ideia de existência de um Estado Indígena anterior à colonização, vez que estas tribos não possuíam separação de classes e, sua base econômica, assim como nos dias de hoje, não é voltada às relações de produção, mas sim para subsistência.

Tanto os entendimentos trazidos por Weber quanto por Marx não são excludentes, pelo contrário, entendemos como coexistentes e até mesmo

---

<sup>5</sup> Obra disponível em: < <https://pcb.org.br/portal/docs/oestadoearevolucao.pdf>>. Acesso em: 19 de set. 2016.

complementares, pelo que aqui cabe destacar que em nenhum dos casos as sociedades indígenas se enquadrariam a justificar a existência de um Estado Indígena anterior à colonização, motivo pelo qual o direito originário aos povos indígenas sobre às terras que tradicionalmente ocupam previsto em nossa Constituição Federal de 1988 em nada possui relação com a existência de um Estado Indígena anterior à colonização do Brasil, motivo pelo qual passaremos nos próximos capítulos a análise da motivação do legislador constituinte de 1988 em conceder aos povos indígenas o direito originário a terra.

## **2.2. O jus-humanismo como justificativa ao “direito originário” sobre as terras para os povos indígenas**

Como vimos em capítulo anterior, não podemos justificar a pré-existência de um Estado Indígena anterior à colonização europeia, pelo que se questiona, por que então o Brasil reconheceu aos indígenas, a teor do art. 231 da Constituição Federal de 1988 “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”?

A fim de que possamos justificar o reconhecimento dos direitos originários aos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas, necessário se faz uma breve análise sobre a compreensão do que se entende por direito justo.

O jusnaturalismo é o nome dado a doutrina surgida entre os séc. XVII e XVIII, a qual defende a existência de um direito natural diferente do direito positivo (aquele criado e normatizado pelo homem), colocando aquele anterior e superior a este último (CASTANHATO, 2010, p. 17). É aquele direito intimamente ligado a ética, a moral, onde cada ser humano sabe em seu íntimo o que é certo ou errado, a exemplo do entendimento que todo indivíduo tem que o crime de homicídio é algo que nunca deveria ocorrer.

Mais adiante, por volta do séc. XX inicia-se um movimento conhecido como positivismo, doutrina que reflete a normatização do Direito. “A expressão “positivismo jurídico” deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural” (BOBBIO, 2006, p. 15). O positivismo teve como maior expoente no séc. XX Hans Kelsen, autor da obra “Teoria Pura do Direito”. Para Kelsen o Direito é norma (CASTANHATO, 2010, p. 17).

Entretanto, não obstante a obra de Kelsen trazer o título “Teoria Pura do Direito”, este não acreditava em um direito puro. Reale (1984, p. 73) dispõe:



“Não existe Direito puro na doutrina de Kelsen. O que existe é a procura, é a pesquisa de uma pureza metodológica capaz de isolar o estudo do Direito do estudo das outras ciências sociais, como a História, a Economia a Psicologia e assim por diante”.

Aqui verificamos que a partir do séc. XX o positivismo (direito positivado) passa a ter maior relevância sobre o jusnaturalismo (direito natural), embora entendamos que aquele só existe para que possamos nos aproximar deste.

A fim de solucionar o conflito entre Direito natural e Direito positivo, surge a doutrina denominada neopositivismo, a qual propõe uma reaproximação do Direito positivado com a ética e moral, reconhecendo assim a força normativa dos princípios (CASTANHATO, 2010, p. 23).

Adotando a teoria do jusnaturalismo já poderíamos justificar o reconhecimento das terras aos indígenas, posto estas terem pertencido àquele povo antes da invasão dos colonizadores e, nada seria mais justo que devolver, mesmo que parte delas, a seus proprietários de origem. Entretanto, com o advento do positivismo dificilmente poderíamos justificar o reconhecimento originário das terras aos povos indígenas, momento em que o neopositivismo tenta conciliar o Direito ideal proposto pelo jusnaturalismo e o Direito normatizado proposto pelo positivismo.

Entretanto, nos parece mais correto justificar o reconhecimento pelo Estado brasileiro do direito originário dos índios sobre as terras que ocupavam através da doutrina do jus-humanismo, a qual nos dizeres de Castanhato (2010, p. 16) é:

“A grande novidade da corrente jus-humanista é não excluir, mas, sim, agregar o que de bom havia nas visões anteriores (positivismo e neopositivismo) e ir além, reconhecendo uma terceira dimensão, que deva ser levada em consideração no momento da concretização do direito”.

Referida doutrina propõe uma “nova fórmula: Direito = texto (positivismo) + metatexto (valores) + intra-texto (Direitos Humanos culturalmente integrados ao patrimônio da humanidade)” (CASTANHATO, 2010, p. 16).

Portanto, temos que o Estado Democrático de Direito, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 é um Estado Humanista de Direito, prescrevendo o jus-humanismo como norteador da interpretação constitucional a fim da concretização da dignidade da pessoa humana (CASTANHATO, 2010, p. 16).

Assim, mais do que um simples reconhecimento do direito originário as terras aos indígenas, busca-se uma interpretação humanística da constituição, pelo que podemos concluir que o reconhecimento acima descrito traduz mais uma política de Direitos Humanos que uma simples entrega de terras.

Deste modo, a interpretação de nossa legislação em respeito aos Direitos Indígenas deve ser feita com um viés humanista, considerando sempre que a propriedade para estes povos não está inserida apenas em seu aspecto civil, mas sim dentro de um aspecto cultural, com será melhor analisado em capítulo adiante.

### **2.3. Breve apontamento histórico**

Os primeiros habitantes de nosso continente, segundo relatos históricos foram os povos indígenas, os quais aqui se criaram, desenvolveram suas atividades, costumes e um estilo de vida próprio e organizado (MAZUR, 2009, p. 176).

Estudo realizado em terras brasileiras, em Lagoa Santa no Estado de Minas Gerais, remota a presença dos povos indígenas no Brasil em torno de 8.000 a.C, chegando certos estudiosos, como a antropóloga Conceição Beltrão, a dispor que referida presença pode ser ainda mais antiga, podendo chegar a ser de 12.000 a.C ou 14.000 a.C (LOBO, 1996, p. 44).

Com a chegada dos colonizadores, em especial Colombo, o qual após acreditar ter chegado às Índias, nomeou indistintamente todos os habitantes do Continente Americano de índios (COLAÇO, 2012, p. 101). Mesmo após descobrirem que não estavam na Ásia, os colonizadores propositalmente ignoraram referido fato e continuaram a chamar os moradores daquele continente recém descoberto de índios, posto ser mais fácil tornar todos os nativos iguais, dispondo tratamento homogêneo, já que o objetivo era o domínio sobre referida população (MANZUR, 2012, p. 175).

Referido domínio retratou centenas de anos de exploração e esbulho dos bens pertencentes aos povos indígenas, culminando na extinção de várias etnias, supressão de várias culturas e, por vezes, na marginalização de parte dos povos, os quais retirados de seus locais de nascimento se viram obrigados a migrarem para local incerto.

Segundo sítio eletrônico da FUNAI – Fundação Nacional do Índio<sup>6</sup>, o número de indígenas existentes no Brasil à época da colonização era de 2.000.000 (dois milhões) junto à costa e 1.000.000 (um milhão) no interior, totalizando uma população de aproximadamente 3.000.000 (três milhões) de índios no Brasil, o que na época compreendia a 100% da população aqui existente. Já no ano de 2010, referido número caiu para 817.962, ou seja, a população indígena no Brasil atualmente corresponde a 0,26% da população total em nosso país<sup>7</sup>.

De acordo com COLAÇO (2012, p. 102) mesmo diante do seu extermínio nos últimos 500 anos e do tratamento que nosso ordenamento jurídico dispõe ao indígena, ainda sobrevivem no Brasil cerca de 220 povos indígenas, cada qual possuindo suas particularidades e diferenças.

#### **2.4. Os direitos indígenas em nossa legislação**

Embora os primeiros contatos entre portugueses e indígenas em nosso território tenha se dado de forma amistosa, a partir do ano de 1530, com o interesse de Portugal em colonizar o Brasil, uma profunda modificação entre a relação portugueses e índios ocorreu, em especial com a implantação do sistema de capitanias hereditárias, onde o governo de Portugal transferiu a particulares o direito de escravizar os índios, afugentá-los ou exterminá-los (COLAÇO, 2012, p. 102).

Como podemos observar, aquele primeiro momento amistoso, onde o colonizador português fazia escambos com os indígenas, trocando objetos de pouco valor por matérias primas nativas, rapidamente converteu-se em dominação sobre àquela população inocente e mais frágil belicamente.

Com a instalação do Governo Geral no ano de 1548, Portugal passou a se preocupar com a catequização dos índios, agrupando-os a fim de facilitar os ensinamentos da fé cristã. Não obstante referida medida não fosse a mais adequada, forçoso reconhecer que era menos gravosa ao povo indígena, posto que, enquanto a Igreja Católica acreditava na civilização dos índios de forma pacífica, os colonos

---

<sup>6</sup> Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Disponível em: < <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>>. Acesso em 13 de abr. 2016.

<sup>7</sup> Idem. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>>. Acesso em 25 de set. 2015.

estavam interessados na exploração da mão de obra indígena de forma violenta (COLAÇO, 2012, p. 102).

A chamada “guerra justa”, ou seja, a legitimação da escravização dos povos indígenas era justificada como objetivos para “salvar” as almas, erradicar a antropofagia e resgatar colonos capturados pelos índios. Após diversos embates, é que em 1686 o Estado consolidou a administração das populações indígenas a Igreja Católica, situação esta que perdurou até a secularização das missões no séc. XVIII (COLAÇO, 2012, p. 103).

Sobre influência da política do Marquês de Pombal, foi que se tentou amenizar os conflitos entre colonos e índios através do Alvará de 14 de abril de 1755, o qual igualou os direitos dos colonos e indígenas no tocante ao trabalho, estimulou-se o casamento inter-racial e proibição das línguas nativas, tornando o português a língua oficial (COLAÇO, 2012, p. 103). Entretanto, nítido que a política integracionista aplicada pelo Marquês de Pombal buscava a desintegração da cultura indígena.

Após a proclamação da independência em 1822, influenciados pelos pensamentos liberais, sentiu-se a necessidade de estabelecer uma política indígena no Brasil, onde buscava-se o término da escravidão e a formação de uma única nação brasileira (COLAÇO, 2012, p. 105). Entretanto, a Constituição de 1824, do Brasil Império nada dispôs acerca dos povos indígenas, mantendo assim a política integracionista da época colonial (MAZUR, 2009, p. 182).

Em 1831 houve a revogação da Carta Régia de 1808, a qual autorizava a captura e escravização de índios por colonos. Entretanto, em 1834, com o enfraquecimento do poder central, as províncias passaram a ter certa independência para tomar medidas anti-indígenas (COLAÇO, 2012, p. 105). Nota-se que mesmo com a revogação da Carta Régia de 1808 a situação dos povos indígenas não melhorou.

Já no ano de 1845, surge o Regulamento das Missões, única norma indígena do governo. Esta buscou oferecer certa proteção aos povos indígenas movendo a integração destes por meio da descaracterização de sua cultura, retirando os índios de suas terras e levando-os para aldeias (COLAÇO, 2012, p. 106).

Entretanto, é no ano de 1850, com a promulgação da Lei das Terras, que a população indígena sofre seu maior prejuízo. Referida lei traz nova concepção de propriedade, a qual somente seria acessível através da compra e com título de propriedade e não mais pela posse (MAZUR, 2009, p. 182). Com isso vários índios foram expropriados de suas terras, vez que não possuíam títulos de propriedade.

A primeira Constituição republicana brasileira de 1891 também nada falou acerca do povo indígena. Entretanto, necessário observar que a proposta constituinte de 1890 trouxe em seu corpo a proposta de organização do Estado brasileiro como uma federação sistemática e outra empírica, onde a sistemática seria a organização dos Estados e a empírica seria a confederação dos índios residentes no Brasil, cada qual soberano sobre suas terras, as quais deveriam ser previamente demarcadas (MAZUR, 2009, P. 182-183).

Observa-se que a Assembleia Constituinte de 1890 tentou solucionar a questão do debate sobre terras indígenas já naquela época.

Neste contexto, no ano de 1906 surge lei determinando a criação de um serviço público de âmbito federal para os índios (MAZUR, 2009, p. 183). No sítio eletrônico da FUNAI consta que este serviço somente foi criado no ano de 1910, tendo como nome Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPILTN), o qual passou a ser chamado de SPI a partir de 1918, tendo por objetivo prestar assistência a todos os índios do território nacional.<sup>8</sup>

Porém, referido serviço ainda trazia uma política integracionista, visando acabar com a cultura indígena para assimilá-la na cultura nacional (MAZUR, 2009, p. 183). A corroborar referida política integracionista, temos em 1916 a promulgação do Código Civil, o qual classificou o indígena como relativamente incapaz a teor do art. 6º:

“Art. 6º São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer:

I - Os maiores de 16 e os menores de 21 anos (arts. 154 e 156).

II - Os pródigos.

III - Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

Observa-se no parágrafo único a nítida política integracionista quando a lei determina que os “silvícolas” ficarão sujeitos a regime tutelar, ou seja, considerando-os relativamente incapazes, somente cessando referida tutela à medida que o indígena fosse se adaptando a civilização do país”.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Fundação Nacional do índio - FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/servico-de-protecao-aos-indios-spi?limitstart=0#>>. Acesso em: 13 de abr. 2016.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a dispor sobre os direitos indígenas, como se pode observar:

“Art 5º - Compete privativamente à União:  
[...]  
XIX - legislar sobre:  
[...]  
m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.<sup>10</sup>

Aqui a palavra “incorporação” descrita na alínea “m” traduz claramente a continuidade de uma política integracionista, a mesma utilizada desde o descobrimento do Brasil.

Entretanto, referida Constituição não foi de toda falha em matéria indígena, posto ter reconhecido em seu art. 129 o direito à posse das terras indígenas, sem, contudo, conceder a estes o direito de aliená-las nos seguintes moldes: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.<sup>11</sup>

Passava-se neste momento a reconhecer aos povos indígenas o direito à posse de suas terras, sem, no entanto, o Estado regulamentar como esse reconhecimento seria feito.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1937 não inovou em matéria indígena, repetindo em seu texto (art. 154) o reconhecimento à posse das terras aos indígenas, a qual a Constituição de 1934 fizera no art. 129 (MAZUR, 2009, p. 184).

A Constituição Federal de 1946 manteve a política integracionista, repetindo o texto da Constituição de 1934 no tocante à “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, bem como reconhecendo a posse das terras aos povos indígenas (art. 216), condicionando-a “de não a transferirem”.<sup>12</sup>

Destaca-se o fato de que todas as Constituições que deliberaram sobre a posse das terras aos povos indígenas se preocuparam em estabelecer que estas eram inalienáveis (MAZUR, 2009, p. 184).

Avançando um pouco mais, a Constituição de 1967 inovou quando transferiu para o domínio da União “as terras ocupadas pelos silvícolas” (art. 4º, IV), mantendo em seu art. 186: “É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que

---

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 1934.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 1946.

habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes”.<sup>13</sup> Aqui verifica-se disposição inovadora quando atribui aos indígenas o “usufruto” dos recursos naturais localizados em suas terras.

O Serviço de Proteção aos Índios (SPI), em funcionamento desde 1918, embora tenha contribuído com a repressão do extermínio dos povos indígenas, a preservação de parte de seus territórios e a contratação de parte da população indígena para trabalhos internos, com o tempo foi-se burocratizando, a ponto de não ser mais possível saber o que fazer com a grande demanda de índios contratados. Aliado a este fato surgiram diversas denúncias relatando que funcionários do SPI estariam envolvidos com a dilapidação do patrimônio e extermínio indígena (COLAÇO, 2012, p. 107-108).

Assim, diante de referidos problemas, foi criada em 1967 a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), através da Lei nº 5.371, em substituição ao SPI, sobre as seguintes diretrizes:

“respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais; garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes; preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com a sociedade nacional; resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas”.<sup>14</sup>

Já sob uma nova administração no que se refere aos direitos indígenas, a Emenda Constitucional de 1969 optou por não alterar a política estabelecida na Constituição de 1967, acrescentando a esta o art. 198, o qual continha dois parágrafos de significativa importância, os quais trataram de declarar nulos e sem “efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas” (§1º); e negou aos ocupantes o “direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio” (§2º).<sup>15</sup>

Podemos verificar que em todas as constituições até aqui apresentadas o governo brasileiro somente se preocupou em integrar o indígena à comunidade

---

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1967.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967: autoriza a criação da “Fundação Nacional do Índio” e dá outras providências, Art. 1º, I.

<sup>15</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

nacional, expropriando os mesmos de suas terras no começo, aniquilando sua cultura e não considerando suas diferenças.

Já no ano de 1973 foi promulgada a Lei nº 6.001, a qual instituiu o Estatuto do Índio. Embora referida lei tivesse trazido diversos avanços no tocante aos Direitos Indígenas, como por exemplo 'prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional' e 'respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição', ainda possuía uma característica eminentemente integracionista, a teor do que podemos observar pelo artigo 1º: "Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e **integrá-los**, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional". (grifo nosso)

Apenas com a Constituição Federal de 1988, a qual dedicou um capítulo inteiro às questões indígenas (capítulo VIII) foi que se deu uma abordagem diferente à questão indígena, assegurando aos índios seus direitos, preconizando a proteção e preservação de sua cultura (MAZUR, 2009, p. 185).

Antes da Constituição de 1988 as questões indígenas eram restritas ao direito de posse sobre as terras, ou seja, matéria eminentemente de natureza civil. Após 1988 houve uma ampliação significativa desses direitos, tais como o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (art. 231). Assim, forçoso reconhecer que o art. 231 da Constituição Federal de 1988 ao reconhecer os direitos acima expostos, reconhece também o direito a alteridade, ou seja, direito do indígena em ser diferente. Referido entendimento quebra o paradigma de integração e o substitui pelo da interação, onde a relação dos indígenas com a comunidade nacional passa a se dar no plano da horizontalidade e não mais no plano da verticalidade (MAZUR, 2009, p. 186-188).

Importante também salientar que a Lei nº 10.406 de 2002, a qual revogou o Código Civil de 1916 estabelecendo um novo Código Civil, foi influenciada pela nossa Constituição de 1988, vez que ao enumerar quem são os incapazes em seu artigo 4º, ou seja, aqueles que não possuem capacidade plena para gerir sua própria vida civil, trouxe em seu parágrafo único que a capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Aqui podemos observar que o Novo Código Civil não mais reconhece os indígenas como incapazes, deixando claro que a capacidade de referidos povos será objeto de legislação especial.



Assim, a fim de melhor expor o objeto tratado neste capítulo, trouxemos abaixo um quadro sinóptico no qual é possível ver a evolução legislativa acerca do tema Direitos Indígenas e possibilitar ao leitor uma melhor compreensão de como se deu referida evolução até a atual concepção do reconhecimento do direito de alteridade aos povos indígenas.

### Quadro Sinóptico

Ano	Legislação	Reflexos
1530	Carta Régia de 1808	Governo português instala as capitânicas hereditárias e autoriza aos particulares o direito de escravizar os índios.
1548	-	Portugal passou a se preocupar com a catequização dos índios, agrupando-os a fim de facilitar os ensinamentos da fé cristã.
1686	-	Estado consolidou a administração das populações indígenas a Igreja Católica.
1755	Alvará n. 14	Igualou os direitos dos colonos e indígenas no tocante ao trabalho, estimulou-se o casamento inter-racial e proibição das línguas nativas, tornando o português a língua oficial.
1824	Constituição Política do Império do "Brazil"	Mantém a política integracionista do Alvará n. 14 de 1755
1831	-	Revogação da Carta Régia de 1808 que autoriza aos particulares o direito de escravizar os índios.
1845	Decreto nº 426	Buscou oferecer certa proteção aos povos indígenas movendo a integração destes por meio da descaracterização de sua cultura, retirando os índios de suas terras e levando-os para aldeias.
1850	Lei n. 601 (Lei das Terras)	Traz nova concepção de propriedade, a qual somente seria acessível através da compra e com título de propriedade e não mais pela posse.
1890	Constituinte de 1890*	Trouxe em seu corpo a proposta de organização do Estado brasileiro como uma federação sistemática e outra empírica, onde a sistemática seria a organização dos Estados e a empírica seria a confederação dos índios residentes no Brasil, cada qual soberano sobre suas terras.

1891	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil	Nada mencionou sobre Direitos Indígenas.
1910	Decreto n. 8.072	Cria o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPILTN).
1918	Decreto Lei n. 3 454	Separou o Serviço de Proteção aos Índios da Localização dos Trabalhadores Nacionais, passando a se chamar somente Serviço de Proteção aos Índios – SPI.
1916	Lei n. 3.071 (Código Civil)	Classificou o indígena como relativamente incapaz.
1934	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil	Primeira a legislar sobre direitos indígenas (ainda integracionista).
1937	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil	Repetiu o texto contido na Constituição de 1934.
1946	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil	Repetiu o texto contido na Constituição de 1934.
1967	Constituição da República Federativa Do Brasil	Transferiu para o domínio da União as terras ocupadas pelos indígenas e assegurou a estes a posse permanente das terras que habitavam e reconheceu o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.
1967	Lei n. 5.371	Criação da Fundação Nacional do Índio – FUNAI
1969	Emenda Constitucional n. 01	Tratou de declarar nulos e sem efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas; bem como negou aos ocupantes o direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.
1973	Lei n. 6.001 (Estatuto do Índio)	Regulou a situação jurídica dos índios, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.
1988	Constituição da República Federativa Do Brasil	Deu uma abordagem diferente a questão indígena, assegurando aos índios seus direitos, preconizando a proteção e preservação de sua cultura.
2002	Lei 10.406 (Código Civil)	Determina que capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

## **2.5. A Constituição Federal de 1988 e o Direito Indígena**

### **2.5.1 A chamada “posse permanente” do art. 231 da Constituição Federal de 1988**

A Constituição Federal promulgada em 1988, trouxe pela primeira vez um capítulo inteiramente dedicado aos povos indígenas (Capítulo VIII do Título VIII). Esse capítulo, composto apenas de dois artigos (231 e 232) incluiu grandes avanços na política sobre os povos indígenas.

Ponto relevante do texto constitucional de 1988 é perceber que este não recepcionou grande parte do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973), a qual foi promulgada ainda sobre uma perspectiva integracionista, sob a influência da Convenção nº 107, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1957 e ratificada pelo Brasil no ano de 1965, tratando em seu corpo da “Proteção a Integração das Populações Indígenas”.

Assim, antes de prosseguirmos na chamada posse permanente trazida pelo art. 231 da Constituição Federal, necessário observar que posse e propriedade são dois institutos paralelos e, que para sua maior compreensão, necessário se faz também a análise do conceito de domínio, instituto inerente a propriedade.

Primeiramente, propriedade e domínio não podem ser usados como sinônimos, a teor do que explica Dantas (1979, p. 93):

“Devemos distinguir no direito de propriedade a estrutura interna da estrutura externa. A primeira abrange os poderes que o titular do direito pode exercer sobre a coisa, e a segunda as relações entre o proprietário e os terceiros. A estrutura interna apresenta-se como poder complexo e exclusivo do proprietário sobre a coisa, abrangendo o uso, o gozo e a disposição. A estrutura externa importa o direito de exigir a abstenção dos terceiros em relação ao objeto de propriedade do titular”.

Desta forma, cabe salientar que a propriedade possui dois aspectos, um interno e outro externo. O interno diz respeito aos poderes que o sujeito pode exercer sobre o bem (usar, gozar e dispor), tratando-se aqui do domínio, enquanto que o aspecto externo traz justamente a exteriorização da propriedade, que vai além do aspecto interno (domínio) alcançando a relação entre proprietário e coletividade no sentido do primeiro poder reaver o bem de terceiros caso seja necessário.

Por sua vez, a posse possui alguns elementos da propriedade (uso e gozo), enquanto que propriedade, em seu aspecto interno (domínio) possui também como elemento o direito de dispor do bem. Assim, a posse pode coincidir com o domínio quando exercidas pelo proprietário (LOPES, 1960, p. 215).

Diferente não é o entendimento de Bevilaqua (2003, p. 178) quando dispõe que entre posse e propriedade há uma relação extensiva da primeira para com a segunda. Conclui ainda o nobre jurista quando dispõe que “os limites da possibilidade para a propriedade são os da posse”, ou seja, onde não há a propriedade, seja porque o bem é inapropriável, seja porque a pessoa não tem capacidade para ser sujeito desse direito, não é possível a posse.

Como podemos observar pelos capítulos anteriores, o reconhecimento do direito originário aos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam é incontestável. Porém, dúvida surge quando da leitura do parágrafo segundo do artigo 231 da Constituição Federal de 1988: “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, [...]”.

Ao analisarmos as ideias de Lopes (1960) e Bevilaqua (2003) acima expostas, podemos concluir que a posse destinada aos povos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas não pode se confundir com a propriedade das mesmas, isto porque posse e propriedade são institutos diferentes.

Outrossim, a própria Constituição Federal ao dispor no art. 231, § 3º que o aproveitamento dos recursos hídricos dentro das terras indígenas só pode ser efetivado com autorização do Congresso Nacional, bem como a inalienabilidade destas em seu § 4º deixa claro que a propriedade de referidas terras indígenas pertence à União, o que não afasta dos indígenas sua legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, a teor do art. 232 da CF de 1988, reconhecendo assim seu direito a posse.

Superada a questão sobre posse e propriedade, cumpre observar qual a intenção do constituinte quando do uso do termo “posse permanente” no § 2º do art. 231 da CF de 1988.

A posse, a qual é um estado de fato, antecedeu à propriedade, que é um estado de direito, vez que nos tempos primitivos não existia uma organização jurídica, e as coisas necessárias a manutenção da vida das famílias primitivas eram aquelas que estavam ao alcance daqueles que pudessem colher (BEVILAQUA, 2003, p. 181).

Assevera Lopes (1960, p. 85): “Denominou-se posse, como diz também Labeão, de SEDE, como se se dissera POSIÇÃO, porque naturalmente é mantida por quem nela se acha; a qual chamam os gregos detenção”.

Desta definição podemos extrair duas ideias, (i) que ao reconhecer o direito originário aos povos indígenas, este se dá, tão somente, às terras que estejam ocupadas por referidos povos e, (ii) que referidas terras devam estar sendo utilizadas pelos mesmos, sob pena de não existir posse.

Cumprir observar, que referida definição de posse tratada por Lopes tem sua origem no Direito Civil, pelo que a posse indígena, trazida pelo constituinte de 1988, deve ser compreendida não só como àquela em que o sujeito se encontra diretamente ligado ao bem, mas sim como toda a propriedade inerente à preservação de sua cultura, tal como é o caso da demarcação de terras indígenas, onde grande parte da mesma se destina a preservação do meio ambiente ou ao culto religioso.

Assim, indiscutível que a questão das terras para os índios se tornou ponto central na discussão posto dela os povos indígenas poderem sobreviver fisicamente e culturalmente (SILVA, 2005, p. 327).

De se observar que os dispositivos constitucionais anteriores a 1988 atribuíam às terras indígenas um indistigável conteúdo provisório pois, as definia como de terras federais, somente afetada à população indígena que a ocupasse, aqui entendida que, em caso de desocupação (voluntária ou forçada) o indígena perdia a posse da mesma.

Assim é que a Constituição de 1988, no § 2º do artigo 231, acaba por dar a posse mesma destinação constitucional anterior, entretanto, aprimorando referido instituto pois agora com caráter definitivo.

Deste modo, tendo a CF repetido os termos “posse permanente” e “usufruto exclusivo”, é necessário verificar o que significa essa posse indígena, a qual não se confunde com a posse civil, vez que esta é individual e material como já discutido em parágrafos anteriores.

Por sua vez, a posse indígena é coletiva e exercida segundo usos, costumes e tradições do povo, a teor da Lei nº 6.001 de 1973 (Estatuto do Índio), o qual dispõe no art. 23. “Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra, que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil”.

Ainda que a letra do art. 23 do Estatuto tratasse referida posse como individual, a Constituição Federal de 1988 tratou dela como coletiva, vez que agora pode ser considerada como ocupação ou habitat. Por isso, subsistindo qualquer dos requisitos de ocupação do § 1º (atividades produtivas; preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; as necessárias à sua reprodução física e cultural) há posse indígena, com sua característica de permanente, mesmo quando resguardadas à preservação ambiental ou destinada a funcionar como imperativo do sagrado (SOUZA FILHO, 2013, p. 1054).

Quando a Constituição Federal de 1988 traz a concepção de terras permanentes, não está se referindo a uma posse do passado, traduzindo um sentido de ocupação perpétua, mas sim uma garantia para o futuro ao tratar que referidas terras são inalienáveis, sendo assim de uso permanente (para sempre) dos povos indígenas (SILVA, 2005, p. 322).

Outrossim, quando falamos em usufruto exclusivo, não podemos entender este como restrição a ato de troca, venda ou doação de frutos e produtos das riquezas da área, pelo contrário, aqui observamos o direito da comunidade inclusive optar por não usar determinada área, seja para regeneração, seja por motivos sagrados (SOUZA FILHO, 2013, p. 1062)

Como podemos observar, a chamada “posse permanente” atribuída pela Constituição Federal aos povos indígenas difere da chamada posse civil, aqui entendida como mero poder de fato sobre a coisa. Segundo Silva (2005, p. 456) “É, em substância, aquela *possessio ab origine*, que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio”.

Dai entendermos que a posse permanente trazida pela Constituição de 1988 se traduz como um *habitat*, pois considera as terras habitadas pelos povos indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições.

### **2.5.2 Posse Imemorial**

Antes de avançarmos na discussão sobre a legalidade da aplicação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, necessário se faz uma breve análise acerca da chamada “posse imemorial”.

Acerca dos artigos da Constituição federal de 1988 que tratam dos direitos indígenas, Lobo (1996, p. 48) asseverou:

“Esta sucessão de artigos positivou constitucionalmente o velho instituto do indigenato do direito lusitano, que nos foi legado através do alvará de 1º de abril de 1680 (jamais revogado), que reconheceu os índios como senhores primários da nova terra descoberta, já que havia posse imemorial, territorial congênita, anterior portanto ao Estado brasileiro”.

Referido alvará data do séc. XVII, quando a Coroa Portuguesa iniciou a construção de diversos diplomas legais que objetivavam coadunar o processo de colonização com os direitos indígenas, a exemplo do Alvará Régio de 1680 (reconhecia a autonomia dos povos indígenas) e, pela Lei de 06 de junho de 1755, editada pelo Marquês de Pombal, assim dispunha Lobo (1996, p. 49):

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

Não obstante a posição de Lobo no sentido de que referido Alvará nunca fora revogado, entendemos que a concepção de terra imemorial como apresentada pelo autor traria inúmera insegurança jurídica a teor da decisão emanada pela Ministra Cármen Lúcia em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) nº 29087, apresentado pelo proprietário rural Avelino Antonio Donatti contra a declaração de sua fazenda como sendo de posse imemorial (permanente) da etnia guarani-kaiowá, integrando a Terra Indígena Guyraroká, no Mato Grosso do Sul.

Asseverou a Ministra que o voto do ministro Gilmar Mendes “é mais consentâneo” com as salvaguardas fixadas pelo Plenário do STF no julgamento da PET 3388<sup>16</sup>, que tratou da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima.

---

<sup>16</sup> Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%203388>>. Acesso em: 24 de mai. 2016.

Naquela ocasião, decidiu-se que o marco temporal da ocupação indígena para fins de demarcação seria a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, em 5 de outubro daquele ano.

A ministra ressaltou que não há controvérsia quanto à inexistência de índios na região naquela data, conforme atesta o laudo antropológico que subsidiou o processo administrativo que resultou na demarcação da Terra Guyraroká, transcrito nos autos. Segundo este documento, os índios ocuparam a região até o início da década de 1940, quando os fazendeiros começaram a comprar terras do Estado e tornaram inviável permanência indígena no local. Até o início da década de 1980, alguns grupos indígenas permaneceram no local como peões de fazenda, como parte da estratégia de permanência nas terras onde sempre viveram, mas nessa época as últimas famílias deixaram o local.

Por fim, conclui a Ministra que: “O laudo afasta quaisquer dúvidas sobre a anterior ocupação indígena na região onde está o imóvel, adquirido em agosto de 1988”, [...] “Há mais de 70 anos não existe comunidade indígena na região”.

Como podemos observar, referida concepção de posse imemorial (ou posse permanente) advém do reconhecimento por parte da Coroa Portuguesa aos índios no tocante a suas terras, vez que já as habitavam antes mesmo da chegada dos Portugueses ao Brasil. Entretanto, em matéria já debatida junto ao STF (demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol em Roraima) a suprema Corte já se posicionou que a posse imemorial (ou permanente) somente se aplica às terras habitadas quando da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Referido posicionamento vai de encontro ao que tratamos em capítulo anterior, quando nos posicionamos no sentido da posse permanente servir nos dias de hoje mais como uma garantia para o futuro, ou seja, de manter os povos indígenas em suas terras, do que garantir a permanência dos mesmos em algum direito do passado.

### **2.5.3 A questão da propriedade aos povos indígenas e quilombolas: violação ao princípio da isonomia?**

Não poderíamos deixar de concluir este Capítulo sem abordar as razões do diferente tratamento dado aos povos indígenas e quilombolas pela Constituição Federal de 1988, em especial quando se refere às terras.



Quando falamos em direitos indígenas nos reportamos ao art. 231 da Constituição Federal, o qual mais uma vez pedimos licença para aqui expor:

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.

[...]

§ 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. (grifo nosso)

Mais adiante, a Constituição de 1988 traz no art. 68 dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) dispõe que “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a **propriedade definitiva**, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”. (grifo nosso)

O art. 5º do mesmo diploma traz em seu caput que:

**“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.** (grifo nosso)

Para Martins (2013, p. 473): “A CF faz uma asserção no art. 5º, caput, com relação à igualdade: ela afirma que ‘todos são iguais perante a lei’. Com isso, consagrou um clássico princípio, próprio do Estado de direito, o princípio da igualdade (formal) perante a lei”.

Aqui então deveríamos entender que o constituinte de 1988, acabou por criar um artigo inconstitucional (artigo 231 da CF) dentro da própria constituição, pois o texto constitucional quando garante a propriedade definitiva aos quilombolas também deveria garantir aos povos indígenas, correto?

Entretanto, o princípio da igualdade não pode ser analisado somente pelo seu aspecto formal, também há que se falar em seu aspecto material ou substancial.

Assim dispõe Mello (2003, p. 19):

“Como se vê, em lugar da concepção “estática” da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade, na qual, necessariamente, são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade”. (2003. p.19)

Deste modo, podemos então concluir que a Constituição Federal de 1988 ao consagrar o princípio da igualdade o trouxe em dois aspectos (formal e material), pelo que o primeiro (aspecto formal) diz respeito a igualdade perante a lei, onde todos devem ser tratados de forma igual e, o segundo (aspecto material) afirma que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais nas medidas de suas desigualdades.

Então, conclui-se que o constituinte de 1988 valeu-se do princípio da igualdade em seu aspecto material ao consagrar o direito de propriedade aos quilombolas e o direito a posse aos povos indígenas, pelo que a área a ser destinada aos indígenas em muito supera a área destinada aos quilombos.

A título de exemplo, temos que “atualmente existem 462 terras indígenas regularizadas, as quais representam cerca de 12,2% do território nacional”<sup>17</sup>, enquanto que em relação aos quilombos, referidas propriedades atingem apenas 0,12% do território nacional<sup>18</sup>, sendo que a titulação de todos os quilombolas do Brasil não chegará a 1% do território nacional<sup>19</sup>.

Dessa forma, podemos concluir que o constituinte de 1988, embora não tenha se valido do princípio da igualdade formal, vez que atribui a propriedade das terras aos quilombolas e posse aos povos indígenas, se valeu do princípio da igualdade em seu aspecto material (substancial), seja pela diferença na quantidade de terras, seja pelo aspecto cultural que cada comunidade (indígenas ou quilombolas) dá à terra.

---

<sup>17</sup> Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoas/demarcacao-de-terras-indigenas>>. Acesso em: 15 de ago. 2016.

<sup>18</sup> Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial: Relatório sobre os Territórios Quilombolas - Incra 2012. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/portal-antigo/publicacoes/relatorio-sobre-os-territorios-quilombolas-incra-2012/view>>. Acesso em: 20 de ago. 2016.

<sup>19</sup> Idem.

### **3. CAPÍTULO TERCEIRO: O Direito Internacional e seu reflexo dentro do ordenamento jurídico brasileiro**

#### **3.1. A Organização Internacional do Trabalho – OIT**

Em 1891, o Papa Leão XIII, através da encíclica *Rerum Novarum*, a qual relembra certos princípios da igreja católica, estabeleceu novas bases cristãs para uma nova ordem social, documento este que mais tarde se tornaria fonte de onde haveria de brotar um organismo internacional destinado a assegurar a proteção as condições de trabalho equitativas e humanas, para homens, mulheres e crianças (ACCIOLY, 2009, vol. 2, p. 106).

Entretanto, a necessidade de se estabelecer regras de proteção ao trabalho surgiu desde a revolução industrial (1820), onde os Estados não se preocupavam com o bem-estar dos trabalhadores, pois, a melhoria nas condições de trabalho implicaria por consequência no encarecimento dos custos, o que tornaria os produtos nacionais menos concorrentes frente aos produtos de outros Estados. Deste modo, percebe-se que somente em um esforço internacional é que se poderia solucionar os problemas decorrentes da falta de proteção as condições do trabalho (SEITENUS, 2012. p. 228-229).

Com isso, no ano de 1890 o Conselho Federal da Suíça organiza uma conferência internacional, a ser realizada em Berlim, com a presença de doze Estados europeus e seus técnicos, industriais e operários, surgindo assim o princípio tripartite de representação (um membro do Estado, um dos empregadores e um dos empregados), vigente até hoje junto à Organização Internacional do Trabalho. Referida conferência discutiu assuntos como condições de trabalho das mulheres, adolescentes e crianças; trabalhos em minas e descanso semanal.

Entretanto, foi somente com o Tratado de Versalhes em 1919, o qual põe fim a Primeira Guerra Mundial, é que foi anexado ao Pacto da Liga das Nações, o projeto de criação de uma instituição permanente e voltada às questões laborais, a qual nasce naquele mesmo ano, em Washington, sendo esta a primeira organização especializada de caráter mundial (SEITENUS, 2012. p. 229).

Em sua primeira Conferência Internacional do Trabalho, já realizada em 1919, a OIT adotou seis convenções, onde a primeira delas respondia a uma das principais reivindicações do movimento sindical e operário do final do séc. XIX e começo do séc.

XX: a limitação da jornada de trabalho a 8 diárias e 48 semanais, enquanto que as demais convenções se referiam à proteção à maternidade, à luta contra o desemprego, à definição da idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria e à proibição do trabalho noturno de mulheres e menores de 18 anos.

Entretanto, de se observar que a proteção aos povos indígenas não nasceu somente com a Convenção nº 169 da OIT em 25 de julho de 2002, antes desta tivemos outras duas convenções. A primeira Convenção de nº 104<sup>20</sup>, de 18 de junho de 1955 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 58.821, de 14 de julho de 1966, tratava de abolir às sanções penais por inadimplemento do contrato de trabalho por parte dos trabalhadores indígenas.

Um segundo tratado no âmbito da OIT que buscou proteger os povos indígenas foi a Convenção nº 107<sup>21</sup>, de 18 de junho de 1965, a qual foi promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966. Esta, não obstante a tentativa de proteção aos povos indígenas, pecava quando se referia aos povos como “membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondam a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional [...]”<sup>22</sup>.

Referida Convenção possuía eminente caráter integracionista, quando dispunha em seu preâmbulo que:

“[...] há nos diversos países independentes populações indígenas e outras populações tribais e semitribais que não se acham ainda integradas na comunidade nacional e que sua situação social, econômica e cultural lhes impede de se beneficiar plenamente dos direitos e vantagens de que gozam os outros elementos da população”

Assim, ao contrário da Convenção nº 104, que ainda se encontra em vigência em nosso ordenamento jurídico, a Convenção nº 107 foi denunciada<sup>23</sup>, como resultado da ratificação da Convenção nº 169 da OIT, de 25 de julho de 2002.

---

<sup>20</sup> Organização Internacional do Trabalho - OIT. Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235194/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235194/lang--pt/index.htm)>. Acesso em 13 de set 2016.

<sup>21</sup> Organização Internacional do Trabalho - OIT. Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235197/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235197/lang--pt/index.htm)>. Acesso em 13 de set 2016.

<sup>22</sup> Art. 1º, a, da Convenção nº 107 da OIT.

<sup>23</sup> Segundo Accioly (2009, p. 753), denuncia seria o “ato pelo qual uma das partes contratantes comunica à outra ou outras partes sua intenção de dar por findo esse tratado ou de se retirar do mesmo”.

A corroborar a importância dada a esta Organização, de se observar que a mesma nasceu junto com a Liga das Nações e, mesmo após o término desta foi incorporada às Nações Unidas, pelo que, não obstante ser uma Organização especializada da ONU, possui sua perfeita autonomia.

### 3.2. Tratados Internacionais

Antes de adentrarmos na Convenção nº 169 da OIT, objeto de nossos estudos, importe entendermos o papel dos tratados internacionais e, como estes influenciam nosso ordenamento jurídico.

Accioly (2009, p. 26) dispõe que “A vida dos povos, em suas mútuas relações, há de ser regida necessariamente por normas ou regras que ordenem e lhe dêem um sentido jurídico”.

Assim, as sociedades, aqui entendidas na concepção moderna como Estados, dispõem, cada qual, de suas normas internas para regular o convívio entre seus membros (aqui incluídos os nacionais e estrangeiros dentro de um mesmo território).

Também não é diferente quando falamos nas relações entre Estados. Onde quer que hajam Estados, e que estes mantenham relações entre si, sempre haverá a necessidade da existência de normas jurídicas, a fim de possibilitar a coexistência entre estes (MIRANDA, 2012, p. 8).

A corroborar a ideia de Miranda, Accioly (2009, p. 27) dispõe que a função do Direito das Gentes<sup>24</sup> é:

“[...] primordialmente, a conservação da própria sociedade ou comunidade dos Estados, pois que, para a existência desta, como disse, com razão Louis Le Fur, lhe é preciso um direito”.

Assim, a situação torna-se complexa, quando entendemos que não existe uma norma de hierarquia mundial, onde todos os Estados se submetem. Rezek (1991, p. 1) assim dispõe: “A sociedade internacional, ao contrário do que sucede com as

---

<sup>24</sup> A expressão “Direito das Gentes” é utilizado como sinônimo para Direito Internacional Público e, no entendimento de Hildebrando Accioly (2009, p. 26) é uma expressão “menos usual, mas talvez mais acertada, do que outra”.

comunidades nacionais organizadas sob a forma de Estado, é ainda hoje *descentralizadas*, e o será provavelmente por muito tempo”.

Justamente desta descentralização é que Miranda (2012, p. 8) dispõe que:

“Quando e onde quer que haja Estado, e Estado que se mantenha qualquer tipo de relações, mais ou menos duradouras, com outro ou outros Estados (ou entidades afins), tornam-se necessárias normas jurídicas para estabelecer e fazer subsistir”

Exatamente desta necessidade dos Estados manterem relações entre si (comercial, bélica, cultural, etc..) é que surgem os tratados<sup>25</sup> (também chamados de convenções<sup>26</sup>), os quais na definição de Miranda (2012, p. 55) são:

“[...] um acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional constitutivo de direitos e deveres ou de outros efeitos nas relações entre eles; ou de outra perspectiva, um acordo de vontades, regido pelo Direito Internacional, entre sujeitos de Direito Internacional, agindo enquanto tais, de que derivam efeitos jurídico-internacionais ou jurídico-internacionalmente relevantes”.

Assim, podemos entender os tratados como mecanismos de codificação dos costumes internacionais, conforme, Accioly, Silva e Casella (2001, p. 154-155) dispõe:

“Evidência adicional da primazia do costume como fonte do direito internacional: as codificações bem-sucedidas normalmente o são, por refletirem adequadamente o que já era aceito como expressão da juridicidade, no plano internacional. A codificação exprimiria o que consuetudinariamente já era considerado legalmente válido”.

Tal a importância dada a figura dos tratados no âmbito internacional, que em 22 de maio de 1969 fora assinada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>27</sup>, a qual tratou de codificar o Direito Internacional consuetudinário referente

---

<sup>25</sup> “O primeiro registro seguro da celebração de um tratado, naturalmente bilateral, é o que se refere à paz entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIX<sup>a</sup> dinastia. Esse tratado, pondo fim à guerra nas terras sírias, num momento situado entre 1280 e 1272 a.C., dispôs sobre paz perpétua entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações e extradição [...]”. (REZEK, 1991, p. 11).

<sup>26</sup> “Convenção. Esta expressão começou a ser empregada no sentido atual a partir da proliferação dos congressos e conferências internacionais, nos quais matérias da maior relevância para a sociedade internacional passaram a ser frequentemente debatidas, dando à luz atos internacionais criadores de normas gerais de Direito Internacional Público, demonstrativos da vontade uniforme das partes em assuntos de interesse geral.” (MAZZUOLI, Oliveira, V. D. (05/2014). Direito dos Tratados, 2<sup>a</sup> edição. [VitalSource Bookshelf Online]. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5707-0/>>. Acesso em 20 de ago. 2016).

<sup>27</sup> Recepcionada pelo Brasil através do Decreto nº 7.030, de 14 de dez. 2009.

aos tratados, buscando com isso harmonizar os procedimentos de elaboração, ratificação, denúncia e extinção de tratados.

Importante observar que neste primeiro momento referida Convenção dispunha como legítimos somente os Estados a teor do art. 1º: “A presente Convenção aplica-se aos tratados concluídos entre Estados”, reconhecendo a legitimidade para assinatura de tratados por parte das Organizações Internacionais somente no ano de 1986 conforme veremos adiante.

### **3.2.1 A capacidade das organizações internacionais**

Conforme já vimos, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados do ano de 1969 reconhecia aos Estados e, somente a estes, a capacidade para assinatura de tratados, vez que somente a estes era reconhecido o *status* de sujeito de Direito Internacional.

Quando tratamos de analisar a capacidade das Organizações Internacionais na assinatura de tratados, precisamos antes entender como referidos organismos chegaram ao *status* de sujeitos de Direito Internacional.

Sabemos que “a qualidade de sujeito de direito depende de cada ordenamento jurídico e a sua elaboração científica das premissas teóricas de que se parta” (MIRANDA, 2012, p. 185).

Assim, quando passamos a analisar a qualidade de sujeito, em especial no âmbito internacional, precisamos diferenciar personalidade e capacidade.

Personalidade jurídica deve ser entendida como a característica que constitui “pressuposto e ponto de apoio de todos os direitos e obrigações, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações” (BEVILÁQUA, 1929, p. 79).

Por sua vez, Diniz (2003, p. 116) assim dispõe:

“[...] sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade”

Deste modo, embora hoje seja de conhecimento notório que as Organizações de Direito Internacional gozem de personalidade jurídica de Direito Internacional, nem

sempre foi assim. Referida capacidade jurídica somente foi reconhecida após o incidente envolvendo o Conde Folke Bernadotte, diplomata sueco, em 1948, quando este fora enviado pela Organização das Nações Unidas (ONU) como mediador na Palestina, vindo a ser assassinado em 17 de setembro daquele ano (SEITENFUS, 2012, p. 62).

Por estar a serviço das Nações Unidas, esta exigiu do Estado em que ocorreu o assassinado as devidas reparações e indenizações, porém, a então indefinição da personalidade jurídica das Organizações Internacionais tornava impossível referida demanda (SEITENFUS, 2012, p. 62).

Assim, a Assembleia Geral da ONU decidiu por elaborar consulta à Corte Internacional de Justiça (CIJ) sobre sua capacidade de demandar perante os Estados, pelo que a CIJ em 11 de abril de 1949 deu parecer nos seguintes moldes reconhecendo a personalidade jurídica a ONU:

“o tipo mais elevado de Organização Internacional, e não poderia corresponder às intenções de seus fundadores caso ela fosse desprovida da personalidade jurídica. A Corte julga que cinquenta e um Estados, representando uma muito larga maioria dos membros da Comunidade Internacional, têm o poder, conforme o direito internacional, de criar uma entidade titular de uma personalidade internacional objetiva – e não simplesmente uma personalidade reconhecida pelos Estados membros”. (SEITENFUS, 2012, p. 63).

A partir deste parecer da CIJ podemos concluir que as Organizações Internacionais são sujeitos de Direito Internacional, pois possuem personalidade jurídica, podendo ser titular de direitos e adquirir obrigações.

Todavia, importante observar que referida personalidade jurídica das Organizações Internacionais se trata de uma personalidade derivada, eis que a personalidade originária é destinada somente aos Estados, sujeitos responsáveis pela criação das Organizações Internacionais (REZEK, 1991, p. 157).

Por sua vez, a capacidade é “medida de direitos que uma pessoa pode ter (capacidade de gozo) ou que pode exercer, direta e livremente (capacidade de exercício)” (MIRANDA, 2012, p. 188).

Assim, diante do reconhecimento da personalidade jurídica das Organizações Internacionais, em especial para demandar os Estados e, por consequência sua capacidade jurídica, é que a “Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados” de 1969 passa por uma transformação em 21 de março de 1986 com a promulgação da



“Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais”.

Aqui podemos inicialmente verificar a inclusão das Organizações Internacionais como sujeitos de Direito Internacional já no título do Tratado, quando inclui justamente o termo “Organizações Internacionais”. Outrossim, outra mudança significativa foi a possibilidade de referidas organizações poderem assinar tratados entre si e não exclusivamente com os Estados.

É o que dispõe o art. 1º de referida Convenção<sup>28</sup>:

“A presente Convenção aplica-se:

- a) a tratados entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais, e
- b) a tratados entre organizações internacionais”.

Importante salientar que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986, até a presente data não obteve o número de trinta e cinco instrumentos de ratificações necessárias para sua entrada em vigor no cenário internacional<sup>29</sup> a teor de seu art. 85, item 1<sup>30</sup>, tão pouco foi ratificada pelo Brasil, porém, a assinatura de tratados por Organizações Internacionais já é tão antiga, que podemos afirmar se tratar de um costume internacional, o qual, de acordo com o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), é plicado “como prova de uma prática geral e aceita como de Direito”.

A corroborar a importância dada ao costume como fonte do Direito Internacional e, em especial a legalidade de tratados assinados por Organizações Internacionais, Sola (2012, p. 120), dispõe que:

“[...] pode-se fazer positivo – mediante a formação do costume formalmente vinculante – um Princípio Geral do Direito, como os princípios da Boa-Fé e da fidelidade dos pactos. Também pode-se fazer positivas as normas consuetudinárias, **criadas primeiramente pelo uso** (como prática geral que não se refere a norma jurídica) **as quais vão se tornando aceitas e seguidas que os Estados passam a crer que aquela forma particular é a obrigatória**”. (grifo nosso)

<sup>28</sup> Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1427770.pdf>> Acesso em: 05 de set. 2016.

<sup>29</sup> Informação extraída do sítio eletrônico da Organização das Nações Unidas – ONU. Disponível em: <<http://legal.un.org/avl/ha/vcltsio/vcltsio.html>>. Acesso em: 19 de set. 2016.

<sup>30</sup> “A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia que se seguir à data do depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou adesão pelos Estados ou pela Namíbia, representada pelo Conselho das Nações Unidas para a Namíbia”.

Deste modo, é a partir da ideia de que os tratados assinados pelas Organizações Internacionais, mesmo que anteriores à Convenção de Viena de 1986, devem ser cumpridos ante o costume internacional, o qual já havia garantido às Organizações Internacionais sua personalidade jurídica (mesmo que derivada) de Direito Internacional, daí se estendendo sua capacidade (medida de direitos que uma pessoa pode ter ou exercer) para assinar tratados, seja com os Estados, seja com outras Organizações Internacionais.

### **3.2.2 Tratados bilaterais, multilaterais e a cláusula de reserva**

Como vimos anteriormente, as Organizações Internacionais possuem Personalidade e, por consequência capacidade para assinar tratados, seja com Estados ou com outras Organizações Internacionais.

Assim, os tratados “podem ser celebrados entre dois Estados ou entre um Estado e uma organização internacional ou, ainda, entre duas organizações internacionais” (MAZZUOLI, 2014b, tópico 2.1.1)

Quando falamos em tratados, estes podem ser classificados conforme o número de partes contratantes em bilaterais (quando há somente duas partes envolvidas, seja Estado ou OI) e multilaterais, também conhecidas como plurilaterais ou coletivos (quando várias são as partes signatárias de um tratado) (ACCIOLY, 2009, p. 651-652).

Ainda neste ponto importante trazer o entendimento de Rezeck (1991, p. 26), em especial quanto ao número de partes envolvidas em um tratado:

“É evidente a bilateralidade de todo tratado entre Estado e organização internacional, ou entre duas organizações, qualquer que seja o número de seus membros. A organização, nessas hipóteses, ostenta sua personalidade singular, distinta daquela dos Estados componentes”.

Assim, evidente que um tratado celebrado entre uma Organização Internacional e um Estado ou, entre duas Organizações Internacionais, será classificado como bilateral, independentemente do número de Estados signatários para a criação da Organização Internacional.

Referida observação se faz necessário, em especial quando analisamos a questão da chamada “reserva” em tratados.

Em regra geral, as partes em um tratado obrigam-se ao cumprimento de todas as suas cláusulas (MIRANDA, 2012, p. 71). Entretanto, o art. 17 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, intitulado “Consentimento em Obrigar-se por Parte de um Tratado e Escolha entre Disposições Diferentes”, assim dispõe:

- “1. Sem prejuízo do disposto nos artigos 19 a 23, o consentimento de um Estado em obrigar-se por parte de um tratado só produz efeito se o tratado o permitir ou se outros Estados contratantes nisso acordarem.
2. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado que permite a escolha entre disposições diferentes só produz efeito se as disposições a que se refere o consentimento forem claramente indicadas”.

A leitura do art. 17 deixa claro que, a regra geral seria o cumprimento da totalidade das cláusulas em um tratado internacional, porém, deixa facultados às partes signatárias a opção de “obrigar-se por parte de um Tratado”, ou seja, de optar pelo cumprimento parcial, e não total, de um Tratado.

Deste modo, “a reserva é um qualificativo do consentimento” (REZEK, 1991, p. 70), sendo definida pela Convenção de Viena de 1969 no art. 2º, § 1º, *d*, como:

““reserva” significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”.

Da definição acima, podemos extrair a ideia de que a “reserva” somente será aplicada aos Tratados multilaterais, a teor do que nos explica Rezek (1991, p. 71): “Não se compreende, dessarte, a reserva a tratado *bilateral*, onde cada tópico reclama o perfeito consenso de ambas as partes, sem o que a negociação não vai a termo”.

Rezek (1991, p. 71), citando Rivier ainda acrescenta: “uma pretensa reserva a trato bilateral não é reserva, mas recusa de confirmar o texto avençado e convite a renegociação”.

Entendimento idêntico podemos extrair de MAZZUOLI (2014b, cap. 2, item 2.1) quando o mesmo afirma que: “A chamada reserva é um dentre os vários métodos destinados a viabilizar a participação efetiva dos Estados em tratados multilaterais”, Exemplo disso podemos verificar no tratado de amizade, comércio e navegação realizado entre Brasil e China em 05 de setembro de 1880, onde o Brasil buscou, no

momento de sua ratificação, algumas reservas, fato este que inviabilizou o tratado, havendo a necessidade de uma nova negociação, a qual se deu em 03 de outubro de 1881, ratificado pelo Brasil no ano de 1882 (REZEK, 1991, p. 72).

Importante observar que no início, era exigido o consentimento de todos os signatários para que uma reserva pudesse ser aceita, porém, nas últimas décadas, os próprios tratados já passaram a trazer em seu texto a possibilidade ou não de reservas e seu respectivo alcance, tudo isso devido à Resolução 598 da Assembleia-Geral da ONU do ano de 1952, que aprovou Parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça (res. 478-V) relativa à admissibilidade de reservas à Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948 (MAZZUOLI, 2014b, cap. 2, item 2.1).

Superada esta primeira parte, onde não mais é preciso a anuência de todos os signatários para uma reserva, podemos verificar que esta possui uma limitação temporal. Assim, necessário se faz saber em que momento pode uma reserva ser formulada por um dos contratantes.

Pela leitura do art. 2º, § 1º, d, da Convenção de Viena de 1969, percebe-se que as reservas são admitidas em vários momentos do processo de celebração dos tratados: na assinatura, ratificação, aceitação ou aprovação do tratado (quando da aprovação parlamentar do texto), ou até mesmo na adesão (MAZZUOLI, 2014b, cap. 2, item 2.4).

Assim, podemos concluir que as reservas sofrem limitações, podendo estas serem materiais, temporais e formais (MIRANDA, 2012, p. 73).

Quando falamos em limitações materiais, estas podem ser expressas (proibição de reservas pelo próprio tratado ou autorização somente de determinadas reservas) ou implícitas, quando há incompatibilidade da reserva com o objeto e o fim do tratado a teor do art. 19, c, da Convenção de Viena:

“Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva, a não ser que:

- a) a reserva seja proibida pelo tratado;
- b) o tratado disponha que só possam ser formuladas determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou
- c) nos casos não previstos nas alíneas a e b, a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado”.** (grifo nosso)

Não obstante a regra contida no art. 19 acima descrito, alguns tratados são insuscetíveis de reserva, tais como os de Direito Internacional Constitucional, como a

Carta das Nações Unidas, o estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, o estatuto do Tribunal Penal Internacional, bem como os tratados tidos como *jus cogens* (art. 53, da Convenção de Viena de 1969), os quais geralmente trazem conteúdo sobre Direitos Humanos (MIRANDA, 2012, p. 73). Por sua vez, Rezek (1991, p. 72) acrescenta a este rol as convenções internacionais do trabalho.

No tocante as limitações temporais, nos parece razoável que esta se limita ao processo de vinculação ao trato, a teor do art. 19 da Convenção de Viena de 1969 (assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão a um tratado).

Por sua vez, quando falamos em limitações formais, consiste na necessidade da reserva ser formulada por escrito e comunicada aos Estados contratantes e aos outros Estados que tenham o direito de se tornar partes no tratado a teor do que dispõe o art. 23 da Convenção de Viena. Referida limitação formal é necessária ante o fato da reserva somente surtir efeitos se, pelo menos outro Estado contratante aceitar a reserva (art. 20, nº 4, da Convenção de Viena), podendo referida aceitação ser tácita, se um Estado que fora notificado da reserva não formular objeção a esta no decurso do prazo de doze meses que se seguir à data em que recebeu a notificação (art. 20, nº 5, da Convenção de Viena) (MIRANDA, 2012, p. 74-75)

Importante observar que uma reserva pode ser retirada a qualquer momento, sem que o consentimento do Estado que a aceitou seja necessário para isso (art. 22, nº 1, da Convenção de Viena), bem como a objeção a uma reserva pode ser retirada a qualquer momento (art. 22, nº 2, da Convenção de Viena). Naturalmente que em ambos os casos a retirada ou objeção deverão ser formuladas por escrito.

Ponto importante a se discutir é a competência para, em nível interno dos Estados, para emitir, modificar e revogar reservas, ou até mesmo para aceitar ou objetar as reservas.

Acerca disso, Rezek (1991, p. 73) entende que o Congresso Nacional, em se tratando de tratado que admita reservas, possui legitimidade para aprová-lo com restrições, a qual o governo no momento de sua ratificação traduzirá esta como reservas. O mesmo autor ainda dispõe que o Congresso poderá aprovar um tratado com declaração de desabono a reserva feita pelo governo quando do momento da assinatura, momento em que referidas reservas não poderão ser confirmadas no momento da ratificação.

Idêntico entendimento podemos extrair quando da análise do art. 2º, § 1º, *d*, da Convenção de 1969, quando define reserva como:

“uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou **aprovar um tratado**, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado” (grifo nosso)

Como se lê na disposição transcrita do art. 2º, as reservas podem ser apostas quando da aprovação do tratado, o que, dentro de nosso ordenamento jurídico é de Competência do Congresso Nacional logo após a assinatura do tratado, podendo-se concluir que a própria Convenção de Viena de 1969 autoriza as reservas apresentadas pelo Poder Legislativo (MAZZUOLI, 2014b, cap. 2, item 2.12).

### **3.2.3 Recepção dos tratados no Brasil – teoria monista e dualista**

Antes de discutirmos os mecanismos de recepção dos tratados pelo Brasil, necessário compreender que por vezes conflitos podem ocorrer entre as normas de Direito Internacional e as normas internas de cada Estado. A fim de solucionar referidos conflitos, duas doutrinas surgiram: dualista e monista.

Para os autores dualistas, dentre os quais se destacaram Carl Heinrich na Alemanha e Dionisio Anzilotti, na Itália, o Direito Internacional e o direito interno de cada Estado “são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional” (REZEK, 1991, p. 4).

Neste mesmo sentido podemos concluir que para os dualistas, o direito interno e o internacional compõem dois sistemas independentes e distintos, ou seja, “constituem círculos que não se interceptam (círculos meramente contíguos), embora sejam igualmente válidos” (MAZZUOLI, 2014a, p. 83, a).

Assim, podemos concluir que o Direito Internacional e o direito interno são dois mundos separados, com dois sistemas distintos e, sem nenhuma comunicação direta e imediata entre os mesmos (MIRANDA, 2012, p. 135).

Para esta doutrina, o Direito Internacional regularia as relações entre Estados enquanto o direito interno regularia a conduta dos Estados para com os indivíduos. Assim, diante da existência de dois sistemas totalmente independentes, não poderia haver conflito entre os mesmos. Assim, um tratado internacional não poderia regulamentar uma questão interna sem antes ter sido incorporado pelo ordenamento

interno (através de uma lei, decreto, um regulamento etc..) (MAZZUOLI, 2014a, p. 83-84)

Por sua vez, para a corrente monista, o Direito Internacional e o direito interno são dois ramos do Direito dentro de um só sistema jurídico, pelo que o Direito Internacional se aplica diretamente a ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer incorporação (MAZZUOLI, 2011, p. 81).

A doutrina monista ainda se divide em outras duas: monista com primado de direito interno e monista com primado de Direito Internacional (MIRANDA, 2012, p. 136). Para a primeira doutrina, também conhecida como monista nacionalista, existe a integração das normas externas ao direito interno, porém, referida integração somente tem validade na medida em que o Estado reconhece como vinculante em relação a si a obrigação contraída em sede externa, mas não em grau hierárquico superior (MAZZUOLI, 2014a, p. 85).

Por sua vez, a doutrina monista com primado de Direito Internacional (também conhecida como monista internacionalista), que teve como seu maior expoente Hans Kelsen, a qual notadamente teve sua evolução após a segunda guerra mundial, “sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito externo, a que se ajustariam todas as ordens internas” (MAZZUOLI, 2011, p. 86).

Os monistas internacionalistas voltam-se a ideia de que um dia se instaure a ordem única, pelo que seria equivocado a ideia de que o Estado soberano possa sobreviver numa situação de hostilidade frente ao conjunto de princípios e normas que compõem o chamado direito das gentes (REZEK, 1991, p. 5).

Assim, “segundo esta concepção, o direito interno *deriva* do Direito Internacional, que representa uma ordem jurídica hierarquicamente superior” (MAZZUOLI, 2011, p. 86).

Diante das doutrinas dualistas e monistas acima citadas, forçoso reconhecer que nosso ordenamento adotou a teoria dualista, a exemplo da Carta Rogatória nº 8.279 de relatoria do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, onde se discutia a executoriedade de uma Carta Rogatória da Argentina em território brasileiro.

Abaixo trecho do julgamento onde podemos verificar a adoção da teoria dualista por parte do STF:

[...]. É corolário da teoria dualista a necessidade de, através de alguma formalidade, transportar o conteúdo normativo dos tratados para o Direito interno, para que estes, embora já existentes no plano internacional, possam

ter validade e exequibilidade no território nacional. Consoante o monismo, não será necessária a realização de qualquer ato pertinente ao Direito interno após a ratificação. Grande parte dos Estados, seguindo a concepção dualista nesse pormenor, prescreve sejam os tratados já ratificados incorporados à legislação interna através da promulgação ou simples publicação.[...] Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro - que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) - satisfaz-se, para efeito de exequibilidade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada). Uma coisa, porém, é absolutamente inquestionável sob o nosso modelo constitucional: **a ratificação - que se qualifica como típico ato de direito internacional público - não basta, por si só, para promover a automática incorporação do tratado ao sistema de direito positivo interno**". (grifo nosso)<sup>31</sup>

Como visto, notório a adoção da teoria dualista em nosso ordenamento jurídico, pelo que a análise das fases (internacionais e internas) para incorporação de um tratado em nosso ordenamento jurídico trará melhores subsídios para esta compreensão.

Assim, para melhor compreendermos as fases pelas quais um tratado internacional passa desde sua concepção até sua incorporação, adotaremos, para fins didáticos a figura abaixo<sup>32</sup>:



Como demonstrada na figura acima quatro são as fases pelas quais têm de passar os tratados até sua conclusão: 1) a da formação do texto (negociações) e assinatura; 2) a da aprovação parlamentar por parte de cada Estado interessado em se tornar parte no tratado; 3) a da ratificação do texto convencional, concluída com a troca ou depósito dos instrumentos que a consubstanciam; e 4) a da promulgação e publicação do texto convencional na imprensa oficial do Estado. Esta última fase é

<sup>31</sup> Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo109.htm>>. Acesso em: 13 de fev. 2016.

<sup>32</sup> Figura extraída do livro “Direito dos Tratados”, 2ª ed. Forense, 05/2014, de Valério Oliveira Mazzuoli.



apenas complementar às demais e visa dar aplicabilidade interna ao compromisso internacionalmente firmado; entretanto, sua ausência não exime o Estado de responder pelos termos do tratado já ratificado e em vigor (MAZZUOLI, 2014b, p. cap. 2, item 1.2).

Entretanto, devemos observar que na doutrina há divergência quanto ao número de fases para conclusão de um tratado, v.g., Miranda (2012, p. 64), que inicia sua discussão afirmando que o processo clássico de vinculação internacional dos Estados aos tratados era disposto em três fases: 1.<sup>a</sup>) negociação, 2.<sup>a</sup>) assinatura e 3.<sup>a</sup>) ratificação, sendo ainda que referido processo sofreu uma evolução, qual seja: 1.<sup>a</sup>) negociação (aqui inclusa a fase da assinatura), 2.<sup>a</sup>) aprovação e 3.<sup>a</sup>) ratificação, consubstanciando assim o processo de formação e vinculação dos tratados em apenas três fases.

Demais autores não se preocuparam em classificar o número de fases, informando apenas os procedimentos, a exemplo de Accioly (2009, p. 675) o qual afirma serem os procedimentos em: forma e redação; condição de validade; ratificação; publicação e promulgação; enquanto que Rezek (1991, p. 91) dispõe referidas fases como: negociação (descrevendo a competência negocial); assinatura; ratificação; registro e publicidade.

Importante observar que, embora haja divergências quanto ao número de fases, e independentemente da classificação adotada, o processo pelo qual um tratado se submete para ser incorporado a um ordenamento jurídico possui duas fases distintas, uma internacional (negociação, assinatura e ratificação) e uma interna (referendo parlamentar, promulgação e publicação).

Assim, a análise das duas fases (internacional e interna) é de suma importância pois, com a ratificação o Estado já se compromete ao cumprimento do tratado no âmbito internacional.

Deste modo, passemos agora a análise de cada fase:

1 - *Da formação do texto*: Esta primeira fase subdivide-se em duas (negociação e assinatura). Não obstante entendermos que a negociação é a primeira fase quando iniciamos a discussão de um tratado, esta é pressuposta de alguns requisitos de validade, sem os quais o tratado até poderá ser formalizado, porém, padecerá de vícios de formalidade, o qual fatalmente implicará em sua nulidade.

Assim, antes da negociação é necessário verificar se há capacidade dos agentes em assinar um tratado, tema este já discutido em capítulo anterior; logo após,

referidos agentes devem estar habilitados para tal mister, pois, como os Estados ou Organizações Internacionais não são pessoas naturais identificáveis, necessário que pessoas físicas atuem em seu nome, por meio de representações. Ultrapassada estas duas primeiras etapas, é necessário ainda o mútuo consentimento, ou seja, a concordância das partes envolvidas na concepção do tratado e, que o objeto deste acordo internacional seja lícito e materialmente possível, tornando o tratado exequível (MAZZUOLI, 2014b, p. cap. 2, item 1.3).

Estando em ordem as condições de validade do tratado (capacidade dos agentes; habilitação; mutuo consentimento e objeto lícito e materialmente possível), os Estados ou Organizações Internacionais já podem iniciar a primeira fase que seria justamente a negociação. Assim, o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, os quais ocorrem geralmente por parte do Poder Executivo (v.g., o Presidente da República ou o Ministro das Relações Exteriores), podendo tal prerrogativa variar de Estado para Estado e, por conseguinte quando tratamos de Organizações Internacionais.

É nesta fase que os Estados ou OI estabelecem as diretrizes e tentam delimitar a extensão dos tratados, pelo que a adoção do texto convencionado efetua-se através do consentimento de todas as partes envolvidas (art. 9º, nº 1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados) (MIRANDA, 2012, p. 66).

Estando as partes de pleno acordo sobre a negociação, passa-se então a assinatura, a qual põe termo àquela fase inicial do processo de formação dos tratados.

Aqui devemos entender “assinatura” como:

“[...] marca escrita de uma pessoa, grafada de próprio punho, ao final de um documento ou título, cuja finalidade é patentear que tal documento ou título foi elaborado com o conhecimento do seu titular, e que este concorda com os termos dos dispositivos que ali se contém. (MAZZUOLI, 2014b, p. cap. 2, item 1.5.1.1)

Importante observar que a assinatura não obriga os Estados ou Organizações Internacionais, pelo que sua principal função consiste em, fixado o texto, as partes contratantes ficam adstritos ao seu objeto fim (MIRANDA, 2012, p. 67).

2 - *da aprovação parlamentar*: Ultrapassada a fase inicial da negociação e assinatura, no Brasil é necessário que, antes da ratificação o texto passe por um referendo parlamentar.

Depois de assinado o tratado o “Governo não está obrigado a submetê-lo à apreciação parlamentar, podendo deixar de prosseguir nas formalidades tendentes a fazer vigorar o acordo, caso não tenha a intenção futura de ratificá-lo”. (MAZZUOLI, 2014b, p. cap. 2, item 1.5.1.1).

Entretanto, a teor da doutrina dualista já tratada em capítulo próprio, no Brasil, para que o tratado entre em vigor em nosso ordenamento, mister se faz que o texto do tratado já negociado e assinado passe por referendo parlamentar para somente então ir para a ratificação.

3 - *da ratificação do texto convencional*: “dá-se o nome de *ratificação* ao ato pelo qual o poder executivo, devidamente autorizado pelo órgão para isso designado na lei interna, confirma um tratado [...]” (ACCIOLY, 2009, p. 677).

A expressão ratificação “advém do latim clássico *ratum facere, ratum esse*, que significa “tornar válido”” (MAZZUOLI, 2014b, cap. 2, item 1.5.2.1). Assim, podemos dizer que a ratificação nada mais é que a confirmação por parte do Estado no comprometimento deste em cumprir e fazer cumprir o texto convencional.

Segundo Rezek (1991, p. 54-59), a ratificação possui três características, quais sejam, a) *competência*: a cada ente estatal incumbe determinar a competência de seus órgãos para assunção, em nome do Estado, de compromissos internacionais; b) *discricionariedade*: sendo expressão final de consentimento, a ratificação é ato discricionário, ou seja, de livre escolha do Estado em fazer-se vincular ao tratado, vez que a assinatura não cria esta obrigação, caso contrário não haveria necessidade da ratificação; c) *irretratabilidade*: uma vez ratificado o texto do tratado pelo Estado, este não poderá voltar atrás, pelo que aqui o Estado já está vinculado no âmbito externo, mesmo que por exemplo o tratado seja bilateral e a outra parte ainda não o tenha ratificado, a teor do que nos explica Mazzuoli (2014b, cap. 2, item 1.5.2.1) “a ratificação obriga o Estado a cumprir, de boa-fé, todo o pactuado, sob pena de responsabilidade internacional por descumprimento voluntário do acordo.

Como visto, a ratificação encerra a chamada fase internacional, que teve início com a negociação e assinatura, pelo que a partir deste momento o Estado já se encontra plenamente vinculado internacionalmente pelo descumprimento do tratado, não tendo, entretanto, sua incorporação interna ocorrido ainda, segundo entendimento do STF.

4 - *da promulgação e publicação*: Não sendo o tratado fonte de direito interno, criando obrigações internacionais de Estado para Estado, necessário se faz a

introdução do tratado na ordem estatal através de um ato jurídico interno, o qual reproduzindo o conteúdo do tratado o transforma em regra interna (ACCIOLY, 2009, p. 708). Assim, referido ato jurídico interno se traduz na promulgação do tratado, o qual passa a ter sua validade no âmbito interno através de sua publicação no Diário Oficial a teor do art. 1º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Assim, em nosso ordenamento jurídico o Presidente da República expede o decreto de promulgação do tratado, o qual após sua publicação no Diário Oficial passa a ter validade no âmbito interno (ACCIOLY, 2009, p. 708).

### **3.2.4 Status dos tratados no Brasil**

Por vezes os tratados internacionais, mesmo após a fase inicial de negociação e aprovação parlamentar, podem ingressar em nosso ordenamento jurídico gerando conflito com norma de direito interno. Assim, se faz necessário saber qual o *status* de um tratado incorporado pelo Brasil, para que, em eventual conflito com norma interna, qual deve prevalecer.

Assim, o problema da concorrência entre tratados (norma internacional) e norma interna pode ser resolvido, a priori, de duas maneiras: 1.<sup>a</sup>) dando prevalência aos tratados sobre o direito interno infraconstitucional, a exemplo das Constituições francesa de 1958 (art. 55), grega de 1975 (art. 28, § 1.º) e peruana de 1979 (art. 101), garantindo assim posição hierárquica ao compromisso internacional, sem embargo de leis posteriores que o contradigam ou, 2.<sup>a</sup>) garantindo-se aos tratados apenas tratamento paritário, tomando como paradigma leis nacionais de grau equivalente. Deste modo, havendo conflito entre tratado e lei interna, deverá ser aplicando o critério da *lex posterior derogat priori* (lei posterior revoga lei anterior) posição que vigora na jurisprudência do STF desde 1977 (MAZZUOLI, 2014b, parte V, cap. 2, item 2.1).

O STF, quando adotou a tese no sentido de que o tratado revoga a lei interna anterior da mesma forma que a lei posterior revoga o tratado concluído primeiro, não se ateve ao fato de que os tratados internacionais possuem forma própria de revogação, que é a denúncia, tão pouco se atentaram ao fato que o descumprimento interno de um tratado acarreta a responsabilidade internacional do Estado.

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se no plenário do STF o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 80.004<sup>33</sup>, em que se assentou, por maioria de votos, a tese de que em conflito entre tratado e lei posterior, esta última, por ser expressão do legislador republicano deve prevalecer sobre tratado anterior, mesmo que disto resulte descumprimento de acordo no plano internacional (REZEK, 1991, p. 106).

Referida decisão teve como precedente julgamento realizado pelo próprio STF, quando este decidiu sobre conflito entre o pacto que incorporou a Lei uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias e o Decreto-lei nº 427/69, aprovado três anos após a incorporação de referido tratado, visto que a falta de registro da nota promissória, não era admitido pelo pacto de Genebra como causa de nulidade do título, vinha a sê-lo no Decreto-lei nº 427/69. Assim, diante de referido conflito, o STF opinou no sentido de que, não dispondo a Constituição Federal sobre a garantia de privilégio hierárquico do tratado sobre norma interna, mister se fazia entender que dever-se-ia prevalecer a norma mais recente, ante a paridade legislativa entre tratados e normas internas<sup>34</sup>.

Referida problemática poderia ter sido solucionada quando dos trabalhos preparatórios da Constituição brasileira de 1934, não tivesse sido rejeitado o anteprojeto inspirado na Carta espanhola de 1931, no qual se reconhecia aos compromissos externos hierarquia sobre as leis federais (REZEK, 1991, p. 106).

Assim, a conclusão que chegou o STF no julgamento do RE nº 80.004 foi a de que dentro do sistema jurídico brasileiro, tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias, dando àqueles o mesmo *status* desta última.

Entretanto, importante observar que referida paridade não se aplica aos tratados de Direitos Humanos, vez que a Constituição brasileira de 1988 acolhe os tratados de Direitos Humanos com nível de normas constitucionais, independentemente de aprovação legislativa por maioria qualificada a teor do art. 5º, § 2º, da Constituição, o qual dispõe:

---

<sup>33</sup> Supremo Tribunal Federal – SFT. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 13 de ago. 2016.

<sup>34</sup> V. a íntegra do acórdão em RTJ (1978), v. 83, p. 809-848.

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

A partir da Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 2004, fora acrescentado o § 3º, ao art. 5º da Constituição Federal, assim dispondo:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Com isso podemos observar que a EC nº 45 trouxe um novo tipo de controle das normas de direito interno: o controle de “convencionalidade” das leis, que é o processo de compatibilização vertical das normas internas com os comandos encontrados nos tratados de Direitos Humanos. Assim, os tratados de Direitos Humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), uma vez que aprovados pelo mesmo rito que as Emendas Constitucionais (MAZZUOLI, 2014b, parte V, cap. 2, item 2.4).

Assim, após o ano de 2004, concluiu-se pela paridade entre tratados de Direitos Humanos e norma constitucional em nosso ordenamento, desde que aprovados pelo rito descrito no § 3º, do art. 5º da CF. Entretanto, qual seria o *status* dos tratados de Direitos Humanos aprovados pelo Brasil anteriores à EC nº 45?

Embora o Min. Sepúlveda Pertence, já tenha se manifestado no ano de 2000 pelo *status* de supralegalidade (normas que estão abaixo da Constituição Federal, porém, acima de todas as leis infraconstitucionais) no RHC 79.785/RJ<sup>35</sup>, referida tese ganhou força no STF com o voto-vista do Min. Gilmar Mendes, em novembro de 2006, no julgamento do RE 466.343-1/SP<sup>36</sup>, em que se discutia a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia.

Apesar do STF continuar entendendo que os tratados internacionais ainda guardam relação de paridade normativa com a lei ordinária, defendeu o Min. Gilmar Mendes a tese de que os tratados de Direitos Humanos estariam em nível hierárquico

---

<sup>35</sup> Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 05 de ago. 2016.

<sup>36</sup> Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 05 de ago. 2016.

intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional (MAZZUOLI, 2014b, parte V, cap. 2, item 2.4).

Assim dispôs o Min. em seu voto:

“[...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos, [...] os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. [...]. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana”.<sup>37</sup>

Deste modo, não obstante nosso posicionamento contrário ao entendimento acima trazido, o qual será melhor debatido no capítulo posterior, importante observar que atualmente nosso ordenamento jurídico adota a seguinte posição: a) tratados comuns (*status* de lei ordinária); b) tratados humanos anteriores a EC nº 45 (*status* de supralegalidade) e, c) tratados humanos após a EC n. 45 (*status* de norma constitucional).

### **3.2.5 Convenção nº 169 da OIT e seu status dentro do ordenamento jurídico brasileiro**

Como visto no item anterior, o *status* dos tratados comuns incorporados por nosso ordenamento, em regra é de lei ordinária, porém, quando tratamos de tratados de Direitos Humanos estes possuem duas hipóteses: i) se anterior à EC nº 45, possui *status* de supralegalidade (norma abaixo da Constituição Federal mas acima de todas as demais leis infraconstitucionais) e ii) se posterior à EC nº 45 e, desde que cumprido o quórum necessário para tanto, possui o *status* de emenda constitucional, estando assim no mesmo nível hierárquico da Constituição.

É justamente em decorrência deste entendimento trazido pelo STF, conforme já debatido neste trabalho, que reside o problema: Qual o *status* da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho em nosso ordenamento jurídico?

---

<sup>37</sup> Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em 03 de ago. 2016.

Inicialmente, cumpre observar a qual modalidade de tratado se encaixa a Convenção nº 169 da OIT (tratado de Direitos Humanos ou tratado comum). Para isso, mister se faz a definição de Direitos Humanos.

Segundo Ramos (2014, p. 37-38), há três tipos de definição sobre o que seriam os Direitos Humanos, a saber: i) a primeira seria a definição dita *tautológica*, a que não traz nenhum elemento novo a caracterizar os Direitos Humanos, assim, a conceituação de Direitos Humanos seria todo aquele que corresponde ao homem, pelo fato de ser homem, entretanto, de se observar que o todo direito é titularizado pelo homem, mesmo quando tratamos de pessoa jurídica; ii) uma segunda definição seria a dita *formal*, que, ao não especificar o conteúdo dos Direitos Humanos, limita-se a alguma indicação sobre o seu regime jurídico especial, tal como firma Jorge Miranda, quando afirma “toda posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental”<sup>38</sup>; iii) Por fim, temos a definição *finalística* ou *teleológica*, na qual se utiliza o objetivo ou a finalidade para definir o conjunto de Direitos Humanos, como na definição que declara ser os Direitos Humanos aqueles essenciais para o desenvolvimento digno da pessoa humana.

Neste mesmo sentido, Dallari (1998, p. 07) define Direitos Humanos como sendo:

“uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”

Ainda neste sentido, podemos mencionar a definição de PECES-BARBA, citado por Ramos (2014, p. 38), onde o autor define Direitos Humanos como sendo:

“faculdades que o Direito atribui a pessoas e aos **grupos sociais**, expressão de suas necessidades relativas à vida, liberdade, igualdade, participação política, ou social ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o desenvolvimento integral das pessoas em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito ou a atuação dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com garantia dos poderes públicos para restabelecer seu exercício em caso de violação ou para realizar sua prestação”. (grifo nosso)

---

<sup>38</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, v. IV, p. 9.



Assim, conforme já discutido no decorrer deste trabalho, as terras para os povos indígenas vão muito além da mera propriedade trazida pelo Direito Civil, estendendo para sua cultura, devendo ser tido como seu habitat.

Por isso, nítido que a Convenção nº 169 da OIT trata-se na verdade de um tratado sobre Direitos Humanos, vez que destinada a um grupo social, visando a expressão de suas necessidades relativas à vida, aqui entendidas como direitos fundamentais, sem as quais referido grupo social não conseguiria existir ou não seria capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida social.

Superada esta primeira parte, cumpre agora verificar o *status* de referida convenção dentro de nosso ordenamento jurídico. Em uma visão meramente formal, podemos concluir, pelas posições já trazidas a este trabalho pelo STF, que a Convenção nº 169 da OIT, por se referir a matéria de Direitos Humanos, e ter sido promulgada pelo Brasil no dia 20 de abril de 2004, ou seja, anterior a EC nº 45 (promulgada em 30 de dezembro de 2004), possui *status* de norma supralegal.

Não obstante a posição acima citada por parte do STF, entendemos equivocada referido posicionamento. No entendimento de Mazzuoli (2014b, parte V, cap. 2, item 2.3), a tese da supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos defendida pelo Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-1/SP, peca por desigualar tratados de Direitos Humanos internalizados pelo Brasil, a depender exclusivamente do procedimento de aprovação, criando o que o autor chama de “duplicidade de regimes jurídicos” imprópria ao atual sistema de Direito Internacional, vez que estabelece “categorias” de tratados que têm o mesmo fundamento ético, o qual não é atribuído pelo direito interno, mas pela ordem internacional da qual referidos tratados nascem.

A discordar do posicionamento do STF, Dallari (2003, p. 111-112) dispõe que:

“não é um problema menor, evitado de excesso de formalismo, pois remete ao plano da aferição do respaldo social mínimo exigido para aprovação de cada tipo de norma jurídica – que, na democracia representativa, tem no quórum parlamentar o seu indicador mais utilizado”.

De acordo com Flavia Piovesan (2005, p. 72):

“desde logo, há que se afastar o entendimento de que, em face do § 3o do art. 5o, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quórum qualificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força

do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O quórum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional”

Assim, nos filiamos a ideia de que os tratados internacionais comuns ratificados pelo nosso ordenamento se situam num nível hierárquico intermediário, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional (caráter supralegal), porém, não podendo ser revogados por lei posterior; já quanto aos tratados de Direitos Humanos, os mesmos ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual quórum de aprovação, em especial pelo princípio da supremacia do Direito Internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda a normatividade interna, seja ela anterior ou posterior.

Portanto, a nosso ver a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, mesmo que ratificada pelo Brasil no mês de abril de 2004, ou seja, antes da aprovação da Emenda Constitucional nº 45, possui *status* de norma constitucional, mesmo que aprovada com quórum diferenciado.

#### **4. CAPÍTULO QUARTO: Os subsídios a justificar à propriedade indígena**

##### **4.1. A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Direitos Indígenas e sua (in)aplicabilidade dentro do território nacional**

Inicialmente cumpre observar que o termo “tratado” ou “convenção” são utilizados como sinônimos (MIRANDA, 2012, p. 59) e, designam acordo regido entre dois ou mais sujeitos de Direito Internacional, qualquer que seja sua denominação (HILDEBRANDO, 2011, p, 156).

Desde a sua criação no ano de 1919, a Organização Internacional do Trabalho tem se mostrado preocupada com a situação dos chamados povos indígenas que representavam parte da força de trabalho nos Estados colonizados (OIT, 2011, p. 05<sup>39</sup>).

Prova disso foram as Convenções a) nº 29, sobre trabalho forçado, a qual, embora não dirigida diretamente aos povos indígenas, em muito contribuiu para a proibição desta prática; b) a de nº 104, referente à abolição das sanções penais no trabalho indígena e; c) a de nº 107, a qual tratava das populações indígenas e tribais, sobretudo de seus direitos à terra e de suas condições de trabalho, saúde e educação, o qual foi “denunciada” pelo Brasil com o advento da Convenção nº 169<sup>40</sup>.

Assim como nossa legislação anterior à Constituição Federal de 1988, a Convenção nº 107 da OIT também possuía uma característica integracionista, fato este reconhecido inclusive pelo próprio Comitê de Peritos da OIT, o que acabou por iniciar nova discussão acerca do tema, tendo sido adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho em 1989 a Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais (OIT, 2011, p. 07).

Interessante observar a mudança de paradigma onde substituiu-se o termo “populações”, que denota transitoriedade e contingencialidade, pelo termo “povos”, que caracteriza segmentos nacionais com identidade e organização próprias e relação especial com a terra que habitam (OIT, 2011, p. 08).

---

<sup>39</sup> Disponível em: < [http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao\\_169\\_OIT.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf)>. Acesso em 07 de ago. 2016.

<sup>40</sup> Vide informação constante no sítio eletrônico da OIT Brasil. Disponível em:< <http://www.oitbrasil.org.br/convention>>. Acesso em 14 de ago. 2016.

O Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004 promulgou a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, dedicando especial atenção destes povos com a terra ou território que ocupam ou utilizam. É nesse contexto que a Convenção reconhece o direito de posse e propriedade desses povos e preceitua medidas a serem tomadas para salvaguardar esses direitos, inclusive sobre terras que não sejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais tenham, tradicionalmente, tido acesso para suas atividades e subsistência.

Com o advento de referida Convenção, verifica-se que a compreensão de questões afetas aos indígenas exige atenção ao Direito Internacional, em especial aqueles de proteção aos Direitos Humanos por intermédio de normas gerais (SANTOS FILHO, 2006, p. 17).

A Convenção nº 169 da OIT dispõe em seu artigo 14, item 1: “Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam [...]”, posse esta também reconhecida em nossa Constituição Federal de 1988 em seu artigo 231, § 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.”.

Aqui podemos verificar que a questão “posse” é tratada em ambos os dispositivos, não restando dúvidas acerca de referido direito aos povos indígenas. Entretanto, dúvida surge quando passamos a tratar da questão da propriedade das terras aos povos indígenas, posto que, conforme já tratado neste trabalho (item 6.1) posse e propriedade são institutos diversos.

Diante do fato que a Constituição Federal garante o direito a posse permanente (aqui entendida como diferente da posse civilista, tema este já tratado no item 6.1), enquanto que a Convenção nº 169 da OIT garante, além da posse, a propriedade sobre às terras que tradicionalmente ocupam, surge um dilema, estaria a Convenção nº 169 em desacordo com o Constituição Federal de 1988? Se sim, qual deveria prevalecer ante a posição adotada pelo Brasil sobre o *status* dos tratados internacionais?

Para responder referida indagações, é preciso inicialmente nos remetermos ao item 7.5 deste trabalho onde discutimos o *status*, não só da Convenção nº 169 dentro do ordenamento jurídico brasileiro, bem como dos tratados de uma forma geral.

Assim, nos filiamos a ideia na qual possuem os tratados comuns (todos aqueles que não tratam de Direitos Humanos), *status* em nosso ordenamento de

norma supralegal (abaixo da Constituição Federal, mas acima das normas infraconstitucionais), não podendo assim serem revogados por norma interna posterior; já aos tratados de Direitos Humanos, ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual quórum de aprovação, em especial pelo princípio da supremacia do Direito Internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda a normatividade interna, seja ela anterior ou posterior à emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Referido entendimento pode ser facilmente observado quando da leitura do art. 5º, § 2º da CF:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**”. (grifo nosso)

Aqui podemos observar que o § 2º é claro ao afirmar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição”, a teor da posse permanente consagrada aos povos indígenas, não exclui os direitos e garantias adotados nos “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, v.g., o direito à propriedade descrita no art. 14, item 1, da Convenção nº 169 da OIT.

Assim, a nosso ver a Convenção nº 169 da OIT encontra-se em plena compatibilidade com nossa Constituição Federal, pelo que caberia ao governo brasileiro efetivar medidas à aquisição, não só da posse aos povos indígenas, como se faz com as demarcações de terras<sup>41</sup>, mas também à propriedade.

Entretanto, devemos também ter a ideia de que esta posição sobre o *status* dos tratados internacionais é contrária ao entendimento trazido pelo STF, pelo que o mesmo já se posicionou no sentido de que a) os tratados comuns, em regra entram em nosso ordenamento jurídico com *status* de lei ordinária; b) os tratados sobre Direitos Humanos, anteriores à emenda constitucional nº 45 de 2004 possuem caráter supralegal e; c) tratados sobre Direitos Humanos, aprovados após a emenda

---

<sup>41</sup> “O processo de demarcação, regulamentado pelo Decreto nº 1775/96, é o meio administrativo para identificar e sinalizar os limites do território tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas. Nos termos do mesmo Decreto, a regularização fundiária de terras indígenas tradicionalmente ocupadas compreende as seguintes etapas, de competência do Poder Executivo”. Texto extraído do sítio eletrônico da Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Disponível em: < <http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-24-53>>. Acesso em: 14 de jul. 2016.

constitucional nº 45 de 2004, desde que “aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”<sup>42</sup>, possuem *status* de norma constitucional.

Deste modo, segundo posicionamento do STF, a Convenção nº 169 da OIT seria uma norma supralegal<sup>43</sup>, não podendo assim contrariar a Constituição Federal, pelo que necessário seria o Brasil ter recepcionado referida Convenção com “reserva” ao art. 14, item 1, vez que o mesmo impõe ao Brasil o dever de reconhecer aos povos indígenas os direitos de propriedade.

Se a Convenção nº 169 da OIT diverge da Constituição Federal de 1988, simples seria sua denúncia, como já ocorrerá outras vezes, a exemplo da denúncia da Convenção nº 158 da OIT pelo Brasil através do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, a qual tratava do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

Entretanto, a Convenção nº 169 da OIT, possui algumas peculiaridades no tocante à denúncia, senão vejamos. A mesma foi recepcionada pelo Brasil sem nenhuma reserva e entrou em vigor em nosso ordenamento na data de 25 de julho de 2003<sup>44</sup>.

Assim, dispõe o art. 39, item 1 da Convenção 169 da OIT que:

“Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção **poderá denunciá-la após a expiração de um período de dez anos contados da entrada em vigor** mediante ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. **A denúncia só surtirá efeito um ano após o registro**”. (grifo nosso)

Tendo o Brasil recepcionada a Convenção nº 169 da OIT, sem reservas, no ano de 2003, a mesma só poderia ser objeto de denúncia no ano de 2013 e, ainda assim, referida denúncia somente surtiria efeitos no ano de 2014.

---

<sup>42</sup> Art. 5º, § 3º, da 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: 14 de abr. 2016.

<sup>43</sup> Aqui de se observar que o STF nunca se manifestou acerca do *status* da Convenção 169 da OIT, pelo que o entendimento que a mesma se enquadraria em norma supralegal é baseado no julgamento do RE 466.343-1/SP, onde o Min. Gilmar Mendes, em novembro de 2006, onde se discutia a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia, entendeu ser o Pacto de San José da Costa Rica e, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, ambos anteriores à emenda constitucional nº 45 de 2004, normas supraleais.

<sup>44</sup> Vide informação constante no sítio eletrônico da OIT Brasil. Disponível em:<<http://www.oitbrasil.org.br/node/513>>. Acesso em 12 de ago. 2016.

Não bastasse o prazo acima descrito, o qual expirou no ano de 2013, o art. 39, item 2 da Convenção 169 da OIT ainda dispõe:

**“Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção e não fizer uso da faculdade de denúncia prevista pelo parágrafo precedente dentro do prazo de um ano após a expiração do período de dez anos previsto pelo presente Artigo, ficará obrigado por um novo período de dez anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção ao expirar cada período de dez anos, nas condições previstas no presente Artigo”.** (grifo nosso)

Ou seja, o Brasil, quando da recepção da Convenção 169 da OIT poderia ter se valido da cláusula de reserva para não se ver obrigado a proporcionar aos povos indígenas o direito de propriedade, vez que, segundo posicionamento do STF, podemos concluir que Convenção nº 169 da OIT não possui caráter de norma constitucional.

De se observar ainda que, não obstante esta primeira etapa de recepção da Convenção nº 169 pelo Brasil no ano de 2003, passados os dez anos a que se refere o art. 39, item 1 da Convenção, o Brasil não fez valer o direito de denúncia, pelo que forçoso reconhecer que o mesmo só poderá denunciar o tratado no ano de 2023, ficando desde sua recepção obrigado a garantir aos povos indígenas não só o direito à posse permanente, mas também à propriedade.

Do exposto acima, podemos extrair duas hipóteses: i) a primeira que o Brasil, em se tratando da Convenção nº 169 da OIT, teria adotado para esta o *status* de norma constitucional, garantindo assim para os povos indígenas que aqui residam, o direito de propriedade sobre as terras que ocupam ou ii) o Brasil, segundo entendimento do STF, teria recepcionado a Convenção nº 169 da OIT com caráter de norma supralegal, ou seja, inferior à Constituição e, por conseguinte, não teria validade os artigos que estivessem em desacordo com nossa Carta Magna, pelo que estaria então o Brasil a descumprir um tratado internacional frente à Organização Internacional do Trabalho e demais países que ratificaram referida Convenção.

Como vimos, em qualquer das duas hipóteses, o Brasil não estaria em uma posição confortável, pois, se adotássemos a primeira, poderíamos concluir que o Brasil, desde 2003 não tem demonstrado uma política eficiente a proporcionar propriedade aos povos indígenas e, caso optemos pela segunda hipótese, estaria o Brasil em desacordo com as normas de Direito Internacional, onde a Convenção de

Viena sobre Direitos dos Tratados dispõe em seu art. 26 que “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”.

#### **4.2. O Estatuto do Índio e sua constitucionalidade parcial**

Como visto no capítulo anterior, o Brasil, ao recepcionar a Convenção nº 169 da OIT se comprometeu a garantir aos povos indígenas em nosso território o direito de propriedade, o qual será debatido neste segmento.

Entretanto, antes de adentrarmos nesta questão, nos cabe aqui uma breve análise acerca da constitucionalidade do Estatuto do Índio, promulgado pela Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973.

Em uma primeira análise, podemos observar que referida legislação teve seu surgimento ainda sob a vigência da Constituição Federal de 1967, onde ainda pairava sobre o Brasil um caráter integracionista sobre os povos indígenas, a teor do que dispunha o art. 1º do Estatuto do Índio: “Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e **integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional**”. (grifo nosso).

Referida legislação, como visto vai de confronto à Constituição Federal de 1988, onde o art. 231 reconhece o direito a alteridade, ou seja, direito do indígena em ser diferente (MAZUR, 2009, p. 186-188), a teor do que já fora discutido no capítulo 5 deste trabalho.

Assim, sendo a Constituição Federal lei superior e posterior ao Estatuto do Índio, a teor do art. 2º, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, o qual dispõe que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”, podemos afirmar que partes do Estatuto do Índio foram derogadas (revogação parcial da lei), a exemplo do art. 1º, quando este impõe a necessidade de integração dos povos indígenas à comunhão nacional.

Outro exemplo de derrogação por parte da Constituição Federal para com o Estatuto Indigenista está no capítulo II, onde referido estatuto dispõe às comunidades indígenas um regime tutelar, confrontando-se com o art. 232 da CF, o qual dispõe:



“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” (grifo nosso).

Nem toda a Lei nº 6.001 de 1973 é incompatível com a nova ordem constitucional, a teor do art. 32: “São de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil”.

Entretanto, o artigo que cabe a nós discutir neste capítulo é justamente o art. 32 do Estatuto do Índio, o qual dispõe: “o índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, **adquirir-lhe-á a propriedade plena** (grifo nosso).

Aqui podemos observar que a legislação infraconstitucional assegura aos índios o direito à aquisição da propriedade de terras, através da chamada usucapião indígena, a qual pressupõe alguns requisitos: a) o instituto é destinado exclusivamente aos índios, integrados a comunhão nacional ou não, b) ocupação da terra pelo prazo mínimo de dez anos consecutivos e, c) imóvel seja inferior a cinquenta hectares.

Como visto, a propriedade neste caso é destinada ao índio, aqui entendido como indivíduo, ao contrário do que ocorre nas demarcações de terras indígenas<sup>45</sup>, onde a posse permanente é dada a comunidade indígena que habita naquele local.

Diante da constitucionalidade parcial do Estatuto do Índio, podemos concluir que, independentemente da posição adota acerca do *status* dos tratados sobre Direitos Humanos recepcionados pelo Brasil (normas supralegais ou constitucionais), nosso país está a cumprir o art. 14 da Convenção nº 169 da OIT, mesmo que em nosso entendimento referida atribuição de propriedade esteja em desconformidade com as tradições e costumes que os povos indígenas possuem sobre seu habitat.

---

<sup>45</sup> Atualmente existem 462 terras indígenas regularizadas que representam cerca de 12,2% do território nacional, localizadas em todos os biomas, com concentração na Amazônia Legal. Tal concentração é resultado do processo de reconhecimento dessas terras indígenas, iniciadas pela Funai, principalmente, durante a década de 1980, no âmbito da política de integração nacional e consolidação da fronteira econômica do Norte e Noroeste do País. Informação extraída do sítio eletrônico da Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-aco-es/demarcacao-de-terras-indigenas>>. Acesso em: 14 de ago. 2016.

## CONCLUSÃO

Como podemos observar, o tratamento dado aos povos indígenas, desde a época da colonização até os dias atuais ainda é precário no sentido de ofertar a estes uma política efetiva para seus direitos. Não se pode simplesmente crer que uma política integracionista seja a solução, pois a mesma não busca a preservação da cultura indígena, pelo contrário, visa a adaptação destes povos à cultura da comunidade local.

A Constituição Federal de 1988 ao reconhecer o direito originário dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, não atestou para a existência de um Estado indigenista no Brasil anterior à colonização conforme pode se acreditar a partir do termo “originário”, mas reconheceu a estes oficialmente, fato que já era de conhecimento popular, ou seja, que os mesmos já se encontravam em nosso território antes da chegada dos europeus.

Referido conhecimento, de início pode parecer supérfluo e sem importância, mas representou grandes avanços no tocante ao reconhecimento dos direitos indígenas às suas terras, reconhecendo assim que para aos povos indígenas, a concepção de terras vai muito além daquela trazida pelo nosso Direito Civil, consubstanciando-se em verdadeira ligação, por vezes até mesmo espiritual como o local onde residem, pelo que imperioso foi a diferenciação entre posse e propriedade trazida no corpo deste trabalho e, em especial a definição da nova concepção de posse permanente destinada aos povos indígenas, a qual difere da posse civilista, ante o fato de se estender as meras concepções tradicionais oriundas do Direito Civil.

Assim, devemos nos ater que o Direito, em especial quando tratamos de assunto sobre Direitos Humanos, devam ser compreendidos sobre uma ótica humanista (doutrina jus-humanista), onde o Direito é composto pelo texto normativo (positivismo), o qual deve conter valores éticos e morais (metatexto), mais o chamado intratexto, que seria justamente a inclusão dos Direitos Humanos culturalmente integrados ao patrimônio da humanidade, quando da criação do Direito.

Deste modo, quando tratamos das terras aos povos indígenas em nossa Carta Magna, sua interpretação deve fugir àquela tradicional, devendo para tanto, considerar que a propriedade para estes povos não está inserida apenas em seu aspecto civil mas sim como um habitat, dentro de um aspecto social e cultural, fato este corroborado pela Convenção nº 169 da OIT.

Longe de se alcançar uma solução pacífica acerca do assunto, a Constituição Federal, ao dispor sobre referido direito originário, inovou, fortalecendo o direito de alteridade, quebrando o velho paradigma da política integracionista, passando então a reconhecer no povo indígena o seu direito a ser diferente.

Entretanto, não obstante o avanço em matéria indigenista no Brasil, em especial pela nova Constituição, devemos observar que o Brasil não é um país isolado e que as comunidades internacionais cada vez mais tratam de trabalhar normas a fim de obtenção de uma maior coesão de direitos por todo o planeta, em especial sobre Direitos Humanos.

Neste ponto é que surge a problemática, referidas normas poderiam se sobrepor ao nosso ordenamento jurídico, inclusive alterando texto constitucional? Como vimos, o STF é bem claro ao entender que os tratados internacionais precisam ser internalizados para que somente após isso produzam efeitos em nosso ordenamento (doutrina dualista) e, que em se tratando de tratados comuns, os mesmos ingressam em nosso ordenamento com *status* de lei ordinária, sendo que os tratados sobre Direitos Humanos possuem uma linha divisória, ou seja, os tratados sobre Direitos Humanos aprovados pelo Brasil antes da EC nº 45 de 2004 possuem *status* de norma supralegal e, os tratados aprovados após referida emenda, respeitados o quórum necessário, possuem *status* de norma constitucional.

Não obstante nossa discordância acerca deste entendimento do STF, vez que acreditamos que qualquer tratado sobre Direitos Humanos seja anterior ou posterior à EC nº 45 de 2004 possui *status* de norma constitucional, precisamos justificar o ingresso e validade da Convenção nº 169 da OIT sob as duas óticas.

Deste modo, evidente que, se adotarmos a posição que declara que todos os tratados sobre Direitos Humanos possuem hierarquia constitucional, podemos concluir que a Convenção nº 169 da OIT ingressou em nosso ordenamento, concedendo o direito de propriedade aos povos indígenas, mesmo que nossa Constituição Federal conceda apenas a posse.

Outrossim, se adotarmos a posição do STF, evidente que a Convenção nº 169 estaria em desconformidade com nossa Carta Magna e, por isso padeceria de algum vício de inconstitucionalidade ante seu *status* de norma supralegal, pelo que o art. 14 de referida convenção não poderia ser recepcionado pelo Brasil ante seu conflito com a ordem constitucional.

Entretanto, devemos nos ater que, enquanto a ordem constitucional não garante a propriedade aos povos indígenas, mas somente seu direito à posse permanente, nossa legislação infraconstitucional, através do Estatuto do Índio garante o direito à propriedade através do chamado usucapião indígena.

Assim, mesmo que referido instrumento limite a propriedade indígena em até cinquenta hectares, concedendo referida propriedade ao índio individualmente e não coletivamente como a demarcação de terras, mister se faz reconhecer que o Brasil está a cumprir, não em sua plenitude, os direitos descritos na Convenção nº 169 da OIT, pelo que a aplicabilidade desta dentro de nosso ordenamento só vem a contribuir com o reconhecimento por parte da Constituição Federal de 1988 ao direito de alteridade dos povos indígenas em nosso território, servindo como base para que outros direitos possam ser plenamente efetivados, tais como organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. Tratado de Direito Internacional Público. Vol. I. São Paulo: Quartier Lantim, 2009.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulalio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público. 20.ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2012.

ANDRADE, Maria de. Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação, 10ª edição. Atlas, 2012.

BASSO, Joaquim, O direito às terras indígenas e o multiculturalismo como bases para a sustentabilidade. Revista de Estudos Sociais. 2015, Vol.17(34), pp.112-138.

BARRETO, Helder Girão. Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. Theoria Geral do Direito Civil, Rio de Janeiro, Ed. Francisco Alves, 1929.

BEVILAQUA, Clóvis. Direito das Coisas. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Tradução de: Carmem C. Varriale et al. 7.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, v. 1.

\_\_\_\_\_, Ensaios Escolhidos: História do Pensamento Político. Tradução de: Sérgio Bath. São Paulo, SP: Editora C.H. Cardim, sem ano de edição.

BRASIL. (1916) Lei nº 3.071. Rio de Janeiro. 01.01.1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em 26 ago. 2015.

BRASIL. (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 16.07.1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 03 set. 2015.

BRASIL. (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro. 18.09.1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2015.

BRASIL. (1967a) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. 24.01.1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)> Acesso em 18 ago. 2015.

BRASIL. (1967a) Lei n. 5.371. Brasília. 6.12.1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5371.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm)> Acesso em 02 set. 2015.

BRASIL. (1969) Emenda Constitucional nº 01. Brasília. 30.10.1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)> Acesso em 15 set. 2015.

BRASIL. Lei n. 4.657. Brasília. 04.09.1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em 14 de jul. 2016.

BRASIL. FUNAI – Fundação Nacional do Índio. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>> Acesso em 25 set. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CLASTRES, Pierre. A Sociedade Contra o Estado. Tradução de: Bernardo Frey. Porto, Edições Afrontamento, 1979.

CARNOY, Martin. Estado e Teoria política. Tradução de: equipe de trad. PUCCAMP, 2ª ed. Campinas: Papyrus, 1988.

COLAÇO, Thais Luzia. Os “Novos” Direitos Indigenistas. In: WOLKMER, Antônio Carlos, LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). Os “Novos” direitos no Brasil. 2.ed. São Paulo, SP, Editora Saraiva, 2012.

CRETELLA, Neto, José. Teoria geral das organizações internacionais. 3. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 32. ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e cidadania. São Paulo, Editora Moderna, 1998.

\_\_\_\_\_. Constituição e tratados internacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil. V.3. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DINIZ, Maria Helena. "Curso de Direito Civil Brasileiro", 1º volume, 20ª edição revista e aumentada, São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2003.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. São Paulo: Atlas, 1991.

LENIN, Vladimir Ilitch. O Estado e a Revolução: São Paulo, SP: Editora Ditora Hucitec, 1983.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. Direito Indigenista Brasileiro: subsídios à sua doutrina. São Paulo, SP: LTR Editora Ltda, 1996.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil - Direito das Coisas: Princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel. vol. VI, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, s/a.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. Desenvolvimento, Meio Ambiente e Direitos dos Índios: Da Necessidade de um Novo Ethos Jurídico. Revista Direito GV, São Paulo 6(2) | p. 503-526 | jul-dez 2010.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 31. ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2013.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira e; MITUZANI, Larissa. Seqüência: estudos jurídicos e políticos, 2011, Vol.32(63), pp.319-352.

MARTINS, Leonardo. Comentário ao artigo 5º, In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 5 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Direito Internacional Público: parte geral 8 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014a.

\_\_\_\_\_. Direito dos Tratados. 2ª edição. Forense, 05/2014b. VitalSource Bookshelf Online.

MAZUR, Bianca de Freitas. Os povos indígenas e seus direitos: a consagração com a Constituição de 1988. In: MINHOTO, Antônio Celso Baeta (Org.). Constituição, Minorias e Inclusão Social. São Paulo, SP, Editora Rideel, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 15. ed. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA, Jorge. Curso de Direito Internacional Público. 5. ed. Lisboa: Editora Principia, 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 e Resolução referente à ação da OIT. Brasília, 2011.

PALMA, Dante Augusto. Ideas y valores: Revista Colombiana de Filosofía, Vol. 63, Nº. 155, 2014, págs. 191-217.

PIOVESAN, Flavia. Reforma do Judiciário e direitos humanos, in Reforma do Judiciário – analisada e comentada. Coord. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo: Método, 2005.

RAMOS, André Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional, 5ª edição. São Paulo, Saraiva, 2014.

REALE, Miguel. Direito Natutal/Direito Positivo. São Paulo, SP, ed. Saraiva, 1984.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 2 ed. São Paulo, ed. Saraiva, 1991.

RIGAUX, François. A lei dos juízes. Trad. Edmir Missio. Rev. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RUIZ, João Álvaro. Metodologia científica: guia para eficiência nos estudos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

SANTOS FILHOS, Roberto Lemos dos. Índios, convenções 169/OIT e meio ambiente. Revista CEJ. Brasília, DF, n. 33, p. 16-21, 2006.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. Manual das Organizações Internacionais. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. O direito das minorias: passagem do “invisível” real para o “visível” formal? Manaus, UEA Edições, 2013.



SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 25ª ed. São Paulo, ed. Malheiros, 2006.

SOLA, Fernanda. Gerenciamento Integrado dos Recursos Hídricos Compartilhados na Bacia Amazônica. 2012. 223f. Tese (Doutorado em Ciência Ambiental) - Instituto de Energia e Ambiente, Universidade de São Paulo, SP, 2012.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares de. Comentário ao artigo 231º, §§ 5º e 6º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

## Anexo I

## CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

[...]

## CAPÍTULO VIII

## DOS ÍNDIOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Anexo II

## DECRETO Nº 5.051, DE 19 DE ABRIL DE 2004.

Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição,

Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo no 143, de 20 de junho de 2002, o texto da Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação junto ao Diretor Executivo da OIT em 25 de julho de 2002;

Considerando que a Convenção entrou em vigor internacional, em 5 de setembro de 1991, e, para o Brasil, em 25 de julho de 2003, nos termos de seu art. 38;

## DECRETA:

Art. 1º A Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição Federal.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação

Brasília, 19 de abril de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA  
Celso Luiz Nunes Amorim

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 20.4.2004

## CONVENÇÃO No 169 DA OIT SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho,

Convocada em Genebra pelo Conselho Administrativo da Repartição Internacional do Trabalho e tendo ali se reunido a 7 de junho de 1989, em sua septuagésima sexta sessão;

Observando as normas internacionais enunciadas na Convenção e na Recomendação sobre populações indígenas e tribais, 1957;

Lembrando os termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e dos numerosos instrumentos internacionais sobre a prevenção da discriminação;

Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores;

Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram;

Observando 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 freqüentemente;

Lembrando a particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais;

Observando que as disposições a seguir foram estabelecidas com a colaboração das Nações Unidas, da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura e da Organização Mundial da Saúde, bem como do Instituto Indigenista Interamericano, nos níveis apropriados e nas suas respectivas esferas, e que existe o propósito de continuar essa colaboração a fim de promover e assegurar a aplicação destas disposições;

Após ter decidido adotar diversas propostas sobre a revisão parcial da Convenção sobre populações Indígenas e Tribais, 1957 (n.o 107) , o assunto que constitui o quarto item da agenda da sessão, e

Após ter decidido que essas propostas deveriam tomar a forma de uma Convenção Internacional que revise a Convenção Sobre Populações Indígenas e Tribais, 1957, adota, neste vigésimo sétimo dia de junho de mil novecentos e oitenta e nove, a seguinte Convenção, que será denominada Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais, 1989:

## PARTE 1 - POLÍTICA GERAL

### Artigo 1o

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

#### Artigo 2o

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio-econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

#### Artigo 3o

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.

2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.

#### Artigo 4o

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.

2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.

3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como conseqüência dessas medidas especiais.

#### Artigo 5o

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;

b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;

c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

#### Artigo 6o

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

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

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

#### Artigo 7o

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

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível<sup>1</sup>, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

#### Artigo 8o

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

#### Artigo 9o

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

#### Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

#### Artigo 11

A lei deverá proibir a imposição, a membros dos povo interessados, de serviços pessoais obrigatórios de qualquer natureza, remunerados ou não, exceto nos casos previstos pela lei para todos os cidadãos.

#### Artigo 12

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.

### PARTE II - TERRAS

#### Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

#### Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos



apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

### Artigo 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

### Artigo 16

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser transladados das terras que ocupam.

2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.

4. Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão

receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas transladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.

#### Artigo 17

1. Deverão ser respeitadas as modalidades de transmissão dos direitos sobre a terra entre os membros dos povos interessados estabelecidas por esses povos.

2. Os povos interessados deverão ser consultados sempre que for considerada sua capacidade para alienarem suas terras ou transmitirem de outra forma os seus direitos sobre essas terras para fora de sua comunidade.

3. Dever-se-á impedir que pessoas alheias a esses povos possam se aproveitar dos costumes dos mesmos ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para se arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes.

#### Artigo 18

A lei deverá prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedirem tais infrações.

#### Artigo 19

Os programas agrários nacionais deverão garantir aos povos interessados condições equivalentes às desfrutadas por outros setores da população, para fins de:

a) a alocação de terras para esses povos quando as terras das que dispunham sejam insuficientes para lhes garantir os elementos de uma existência normal ou para enfrentarem o seu possível crescimento numérico;

b) a concessão dos meios necessários para o desenvolvimento das terras que esses povos já possuam.

### PARTE III - CONTRATAÇÃO E CONDIÇÕES DE EMPREGO

#### Artigo 20

1. Os governos deverão adotar, no âmbito da legislação nacional e em cooperação com os povos interessados, medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a esses povos uma proteção eficaz em matéria de

contratação e condições de emprego, na medida em que não estejam protegidas eficazmente pela legislação aplicável aos trabalhadores em geral.

2. Os governos deverão fazer o que estiver ao seu alcance para evitar qualquer discriminação entre os trabalhadores pertencentes aos povos interessados e os demais trabalhadores, especialmente quanto a:

a) acesso ao emprego, inclusive aos empregos qualificados e às medidas de promoção e ascensão;

b) remuneração igual por trabalho de igual valor;

c) assistência médica e social, segurança e higiene no trabalho, todos os benefícios da seguridade social e demais benefícios derivados do emprego, bem como a habitação;

d) direito de associação, direito a se dedicar livremente a todas as atividades sindicais para fins lícitos, e direito a celebrar convênios coletivos com empregadores ou com organizações patronais.

3. As medidas adotadas deverão garantir, particularmente, que:

a) os trabalhadores pertencentes aos povos interessados, inclusive os trabalhadores sazonais, eventuais e migrantes empregados na agricultura ou em outras atividades, bem como os empregados por empreiteiros de mão-de-obra, gozem da proteção conferida pela legislação e a prática nacionais a outros trabalhadores dessas categorias nos mesmos setores, e sejam plenamente informados dos seus direitos de acordo com a legislação trabalhista e dos recursos de que dispõem;

b) os trabalhadores pertencentes a esses povos não estejam submetidos a condições de trabalho perigosas para sua saúde, em particular como consequência de sua exposição a pesticidas ou a outras substâncias tóxicas;

c) os trabalhadores pertencentes a esses povos não sejam submetidos a sistemas de contratação coercitivos, incluindo-se todas as formas de servidão por dívidas;

d) os trabalhadores pertencentes a esses povos gozem da igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres no emprego e de proteção contra o acossamento sexual.

4. Dever-se-á dar especial atenção à criação de serviços adequados de inspeção do trabalho nas regiões donde trabalhadores pertencentes aos povos interessados exerçam atividades assalariadas, a fim de garantir o cumprimento das disposições desta parte da presente Convenção.

## INDÚSTRIAS RURAIS

### Artigo 21

Os membros dos povos interessados deverão poder dispor de meios de formação profissional pelo menos iguais àqueles dos demais cidadãos.

#### Artigo 22

1. Deverão ser adotadas medidas para promover a participação voluntária de membros dos povos interessados em programas de formação profissional de aplicação geral.

2. Quando os programas de formação profissional de aplicação geral existentes não atendam as necessidades especiais dos povos interessados, os governos deverão assegurar, com a participação desses povos, que sejam colocados à disposição dos mesmos programas e meios especiais de formação.

3. Esses programas especiais de formação deverão estar baseado no entorno econômico, nas condições sociais e culturais e nas necessidades concretas dos povos interessados. Todo levantamento neste particular deverá ser realizado em cooperação com esses povos, os quais deverão ser consultados sobre a organização e o funcionamento de tais programas. Quando for possível, esses povos deverão assumir progressivamente a responsabilidade pela organização e o funcionamento de tais programas especiais de formação, se assim decidirem.

#### Artigo 23

1. O artesanato, as indústrias rurais e comunitárias e as atividades tradicionais e relacionadas com a economia de subsistência dos povos interessados, tais como a caça, a pesca com armadilhas e a colheita, deverão ser reconhecidas como fatores importantes da manutenção de sua cultura e da sua autosuficiência e desenvolvimento econômico. Com a participação desses povos, e sempre que for adequado, os governos deverão zelar para que sejam fortalecidas e fomentadas essas atividades.

2. A pedido dos povos interessados, deverá facilitar-se aos mesmos, quando for possível, assistência técnica e financeira apropriada que leve em conta as técnicas tradicionais e as características culturais desses povos e a importância do desenvolvimento sustentado e equitativo.

### PARTE V - SEGURIDADE SOCIAL E SAÚDE

#### Artigo 24

Os regimes de seguridade social deverão ser estendidos progressivamente aos povos interessados e aplicados aos mesmos sem discriminação alguma.

#### Artigo 25

1. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade

e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.

2. Os serviços de saúde deverão ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário. Esses serviços deverão ser planejados e administrados em cooperação com os povos interessados e levar em conta as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais.

3. O sistema de assistência sanitária deverá dar preferência à formação e ao emprego de pessoal sanitário da comunidade local e se centrar no atendimento primário à saúde, mantendo ao mesmo tempo estreitos vínculos com os demais níveis de assistência sanitária.

4. A prestação desses serviços de saúde deverá ser coordenada com as demais medidas econômicas e culturais que sejam adotadas no país.

## PARTE VI - EDUCAÇÃO E MEIOS DE COMUNICAÇÃO

### Artigo 26

Deverão ser adotadas medidas para garantir aos membros dos povos interessados a possibilidade de adquirirem educação em todos os níveis, pelo menos em condições de igualdade com o restante da comunidade nacional.

### Artigo 27

1. Os programas e os serviços de educação destinados aos povos interessados deverão ser desenvolvidos e aplicados em cooperação com eles a fim de responder às suas necessidades particulares, e deverão abranger a sua história, seus conhecimentos e técnicas, seus sistemas de valores e todas suas demais aspirações sociais, econômicas e culturais.

2. A autoridade competente deverá assegurar a formação de membros destes povos e a sua participação na formulação e execução de programas de educação, com vistas a transferir progressivamente para esses povos a responsabilidade de realização desses programas, quando for adequado.

3. Além disso, os governos deverão reconhecer o direito desses povos de criarem suas próprias instituições e meios de educação, desde que tais instituições satisfaçam as normas mínimas estabelecidas pela autoridade competente em consulta com esses povos. Deverão ser facilitados para eles recursos apropriados para essa finalidade.

### Artigo 28

1. Sempre que for viável, dever-se-á ensinar às crianças dos povos interessados a ler e escrever na sua própria língua indígena ou na língua mais comumente falada no grupo a que pertençam. Quando isso não for viável, as autoridades competentes

deverão efetuar consultas com esses povos com vistas a se adotar medidas que permitam atingir esse objetivo.

2. Deverão ser adotadas medidas adequadas para assegurar que esses povos tenham a oportunidade de chegarem a dominar a língua nacional ou uma das línguas oficiais do país.

3. Deverão ser adotadas disposições para se preservar as línguas indígenas dos povos interessados e promover o desenvolvimento e prática das mesmas.

#### Artigo 29

Um objetivo da educação das crianças dos povos interessados deverá ser o de lhes ministrar conhecimentos gerais e aptidões que lhes permitam participar plenamente e em condições de igualdade na vida de sua própria comunidade e na da comunidade nacional.

#### Artigo 30

1. Os governos deverão adotar medidas de acordo com as tradições e culturas dos povos interessados, a fim de lhes dar a conhecer seus direitos e obrigações especialmente no referente ao trabalho e às possibilidades econômicas, às questões de educação e saúde, aos serviços sociais e aos direitos derivados da presente Convenção.

2. Para esse fim, dever-se-á recorrer, se for necessário, a traduções escritas e à utilização dos meios de comunicação de massa nas línguas desses povos.

#### Artigo 31

Deverão ser adotadas medidas de caráter educativo em todos os setores da comunidade nacional, e especialmente naqueles que estejam em contato mais direto com os povos interessados, com o objetivo de se eliminar os preconceitos que poderiam ter com relação a esses povos. Para esse fim, deverão ser realizados esforços para assegurar que os livros de História e demais materiais didáticos ofereçam uma descrição equitativa, exata e instrutiva das sociedades e culturas dos povos interessados.

### PARTE VII - CONTATOS E COOPERAÇÃO ATRAVÉS DAS FRONTEIRAS

#### Artigo 32

Os governos deverão adotar medidas apropriadas, inclusive mediante acordos internacionais, para facilitar os contatos e a cooperação entre povos indígenas e tribais através das fronteiras, inclusive as atividades nas áreas econômica, social, cultural, espiritual e do meio ambiente.

### PARTE VIII – ADMINISTRAÇÃO

#### Artigo 33

1. A autoridade governamental responsável pelas questões que a presente Convenção abrange deverá se assegurar de que existem instituições ou outros mecanismos apropriados para administrar os programas que afetam os povos interessados, e de que tais instituições ou mecanismos dispõem dos meios necessários para o pleno desempenho de suas funções.

2. Tais programas deverão incluir:

a) o planejamento, coordenação, execução e avaliação, em cooperação com os povos interessados, das medidas previstas na presente Convenção;

b) a proposta de medidas legislativas e de outra natureza às autoridades competentes e o controle da aplicação das medidas adotadas em cooperação com os povos interessados.

## PARTE IX - DISPOSIÇÕES GERAIS

### Artigo 34

A natureza e o alcance das medidas que sejam adotadas para por em efeito a presente Convenção deverão ser determinadas com flexibilidade, levando em conta as condições próprias de cada país.

### Artigo 35

A aplicação das disposições da presente Convenção não deverá prejudicar os direitos e as vantagens garantidos aos povos interessados em virtude de outras convenções e recomendações, instrumentos internacionais, tratados, ou leis, laudos, costumes ou acordos nacionais.

## PARTE X - DISPOSIÇÕES FINAIS

### Artigo 36

Esta Convenção revisa a Convenção Sobre Populações Indígenas e Tribais, 1957.

### Artigo 37

As ratificações formais da presente Convenção serão transmitidas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registradas.

### Artigo 38

1. A presente Convenção somente vinculará os Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tenham sido registradas pelo Diretor-Geral.

2. Esta Convenção entrará em vigor doze meses após o registro das ratificações de dois Membros por parte do Diretor-Geral.

3. Posteriormente, esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses após o registro da sua ratificação.

#### Artigo 39

1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la após a expiração de um período de dez anos contados da entrada em vigor mediante ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia só surtirá efeito um ano após o registro.

2. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção e não fizer uso da faculdade de denúncia prevista pelo parágrafo precedente dentro do prazo de um ano após a expiração do período de dez anos previsto pelo presente Artigo, ficará obrigado por um novo período de dez anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção ao expirar cada período de dez anos, nas condições previstas no presente Artigo.

#### Artigo 40

1. O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará a todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho o registro de todas as ratificações, declarações e denúncias que lhe sejam comunicadas pelos Membros da Organização.

2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tenha sido comunicada, o Diretor-Geral chamará atenção dos Membros da Organização para a data de entrada em vigor da presente Convenção.

#### Artigo 41

O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicará ao Secretário - Geral das Nações Unidas, para fins de registro, conforme o Artigo 102 da Carta das Nações Unidas, as informações completas referentes a quaisquer ratificações, declarações e atos de denúncia que tenha registrado de acordo com os Artigos anteriores.

#### Artigo 42

Sempre que julgar necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho deverá apresentar à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente Convenção e decidirá sobre a oportunidade de inscrever na agenda da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

#### Artigo 43



1. Se a Conferência adotar uma nova Convenção que revise total ou parcialmente a presente Convenção, e a menos que a nova Convenção disponha contrariamente:

a) a ratificação, por um Membro, da nova Convenção revista implicará de pleno direito, não obstante o disposto pelo Artigo 39, supra, a denúncia imediata da presente Convenção, desde que a nova Convenção revista tenha entrado em vigor;

b) a partir da entrada em vigor da Convenção revista, a presente Convenção deixará de estar aberta à ratificação dos Membros.

2. A presente Convenção continuará em vigor, em qualquer caso em sua forma e teor atuais, para os Membros que a tiverem ratificado e que não ratificarem a Convenção revista.

#### Artigo 44

As versões inglesa e francesa do texto da presente Convenção são igualmente autênticas.

## Anexo III

LEI Nº 6.001, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973.

Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

## TÍTULO I

## Dos Princípios e Definições

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

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

I - estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação;

II - prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional;

III - respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição;

IV - assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência;

V - garantir aos índios a permanência voluntária no seu habitat, proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso;

VI - respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes;

VII - executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas;

VIII - utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento;

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

X - garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem.

Parágrafo único. (Vetado).

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

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

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

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

## TÍTULO II

### Dos Direitos Civis e Políticos

#### CAPÍTULO I

#### Dos Princípios

Art. 5º Aplicam-se aos índios ou silvícolas as normas dos artigos 145 e 146, da Constituição Federal, relativas à nacionalidade e à cidadania.

Parágrafo único. O exercício dos direitos civis e políticos pelo índio depende da verificação das condições especiais estabelecidas nesta Lei e na legislação pertinente.

Art. 6º Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

Parágrafo único. Aplicam-se as normas de direito comum às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena, excetuados os que forem menos favoráveis a eles e ressalvado o disposto nesta Lei.

## CAPÍTULO II

### Da Assistência ou Tutela

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§ 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.

Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:

- I - idade mínima de 21 anos;
- II - conhecimento da língua portuguesa;
- III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;
- IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.

Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil.

Art. 11. Mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo, exigir-se-á o preenchimento, pelos requerentes, dos requisitos estabelecidos no artigo 9º.

### CAPÍTULO III

#### Do Registro Civil

Art. 12. Os nascimentos e óbitos, e os casamentos civis dos índios não integrados, serão registrados de acordo com a legislação comum, atendidas as peculiaridades de sua condição quanto à qualificação do nome, prenome e filiação.

Parágrafo único. O registro civil será feito a pedido do interessado ou da autoridade administrativa competente.

Art. 13. Haverá livros próprios, no órgão competente de assistência, para o registro administrativo de nascimentos e óbitos dos índios, da cessação de sua incapacidade e dos casamentos contraídos segundo os costumes tribais.

Parágrafo único. O registro administrativo constituirá, quando couber documento hábil para proceder ao registro civil do ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova.

### CAPÍTULO IV

#### Das Condições de Trabalho

Art. 14. Não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social.

Parágrafo único. É permitida a adaptação de condições de trabalho aos usos e costumes da comunidade a que pertencer o índio.

Art. 15. Será nulo o contrato de trabalho ou de locação de serviços realizado com os índios de que trata o artigo 4º, I.

Art. 16. Os contratos de trabalho ou de locação de serviços realizados com indígenas em processo de integração ou habitantes de parques ou colônias agrícolas dependerão de prévia aprovação do órgão de proteção ao índio, obedecendo, quando necessário, a normas próprias.

§ 1º Será estimulada a realização de contratos por equipe, ou a domicílio, sob a orientação do órgão competente, de modo a favorecer a continuidade da via comunitária.

§ 2º Em qualquer caso de prestação de serviços por indígenas não integrados, o órgão de proteção ao índio exercerá permanente fiscalização das condições de trabalho, denunciando os abusos e providenciando a aplicação das sanções cabíveis.

§ 3º O órgão de assistência ao indígena propiciará o acesso, aos seus quadros, de índios integrados, estimulando a sua especialização indigenista.

### TÍTULO III

#### Das Terras dos Índios

#### CAPÍTULO I

#### Das Disposições Gerais

Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

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

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

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

Art. 18. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

§ 1º Nessas áreas, é vedada a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa.

§ 2º (Vetado).

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

§ 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petítória ou à demarcatória.

Art. 20. Em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiante enumerados, poderá a União intervir, se não houver solução alternativa, em área indígena, determinada a providência por decreto do Presidente da República.

1º A intervenção poderá ser decretada:

a) para pôr termo à luta entre grupos tribais;

b) para combater graves surtos epidêmicos, que possam acarretar o extermínio da comunidade indígena, ou qualquer mal que ponha em risco a integridade do silvícola ou do grupo tribal;

c) por imposição da segurança nacional;

d) para a realização de obras públicas que interessem ao desenvolvimento nacional;

e) para reprimir a turbação ou esbulho em larga escala;

f) para a exploração de riquezas do subsolo de relevante interesse para a segurança e o desenvolvimento nacional.

2º A intervenção executar-se-á nas condições estipuladas no decreto e sempre por meios suavisados, dela podendo resultar, segundo a gravidade do fato, uma ou algumas das medidas seguintes:

a) contenção de hostilidades, evitando-se o emprego de força contra os índios;

b) deslocamento temporário de grupos tribais de uma para outra área;

c) remoção de grupos tribais de uma para outra área.

3º Somente caberá a remoção de grupo tribal quando de todo impossível ou desaconselhável a sua permanência na área sob intervenção, destinando-se à comunidade indígena removida área equivalente à anterior, inclusive quanto às condições ecológicas.

4º A comunidade indígena removida será integralmente ressarcida dos prejuízos decorrentes da remoção.

5º O ato de intervenção terá a assistência direta do órgão federal que exercita a tutela do índio.

Art. 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União.

## CAPÍTULO II

### Das Terras Ocupadas

Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Parágrafo único. As terras ocupadas pelos índios, nos termos deste artigo, serão bens inalienáveis da União (artigo 4º, IV, e 198, da Constituição Federal).

Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

Art. 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades.

§ 1º Incluem-se, no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acréscidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas.

§ 2º É garantido ao índio o exclusivo exercício da caça e pesca nas áreas por ele ocupadas, devendo ser executadas por forma suasória as medidas de polícia que em relação a ele eventualmente tiverem de ser aplicadas.

Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independará de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antigüidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

## CAPÍTULO III

### Das Áreas Reservadas

Art. 26. A União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais.



Parágrafo único. As áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas, podendo organizar-se sob uma das seguintes modalidades:

- a) reserva indígena;
- b) parque indígena;
- c) colônia agrícola indígena.

Art. 27. Reserva indígena é uma área destinada a servir de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência.

Art. 28. Parque indígena é a área contida em terra na posse de índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as belezas naturais da região.

§ 1º Na administração dos parques serão respeitados a liberdade, usos, costumes e tradições dos índios.

§ 2º As medidas de polícia, necessárias à ordem interna e à preservação das riquezas existentes na área do parque, deverão ser tomadas por meios suaves e de acordo com o interesse dos índios que nela habitem.

§ 3º O loteamento das terras dos parques indígenas obedecerá ao regime de propriedade, usos e costumes tribais, bem como às normas administrativas nacionais, que deverão ajustar-se aos interesses das comunidades indígenas.

Art. 29. Colônia agrícola indígena é a área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo órgão de assistência ao índio, onde convivam tribos aculturadas e membros da comunidade nacional.

Art. 30. Território federal indígena é a unidade administrativa subordinada à União, instituída em região na qual pelo menos um terço da população seja formado por índios.

Art. 31. As disposições deste Capítulo serão aplicadas, no que couber, às áreas em que a posse decorra da aplicação do artigo 198, da Constituição Federal.

## CAPÍTULO IV

### Das Terras de Domínio Indígena

Art. 32. São de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.

Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.

## CAPÍTULO V

### Da Defesa das Terras Indígenas

Art. 34. O órgão federal de assistência ao índio poderá solicitar a colaboração das Forças Armadas e Auxiliares e da Polícia Federal, para assegurar a proteção das terras ocupadas pelos índios e pelas comunidades indígenas.

Art. 35. Cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas.

Art. 36. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, compete à União adotar as medidas administrativas ou propor, por intermédio do Ministério Público Federal, as medidas judiciais adequadas à proteção da posse dos silvícolas sobre as terras que habitem.

Parágrafo único. Quando as medidas judiciais previstas neste artigo forem propostas pelo órgão federal de assistência, ou contra ele, a União será litisconsorte ativa ou passiva.

Art. 37. Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio.

Art. 38. As terras indígenas são inusucapíveis e sobre elas não poderá recair desapropriação, salvo o previsto no artigo 20.

## TÍTULO IV

### Dos Bens e Renda do Patrimônio Indígena

Art 39. Constituem bens do Patrimônio Indígena:

I - as terras pertencentes ao domínio dos grupos tribais ou comunidades indígenas;

II - o usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas por grupos tribais ou comunidades indígenas e nas áreas a eles reservadas;

III - os bens móveis ou imóveis, adquiridos a qualquer título.

Art. 40. São titulares do Patrimônio Indígena:

I - a população indígena do País, no tocante a bens ou rendas pertencentes ou destinadas aos silvícolas, sem discriminação de pessoas ou grupos tribais;

II - o grupo tribal ou comunidade indígena determinada, quanto à posse e usufruto das terras por ele exclusivamente ocupadas, ou a ele reservadas;

III - a comunidade indígena ou grupo tribal nomeado no título aquisitivo da propriedade, em relação aos respectivos imóveis ou móveis.

Art. 41. Não integram o Patrimônio Indígena:

I - as terras de exclusiva posse ou domínio do índio ou silvícola, individualmente considerado, e o usufruto das respectivas riquezas naturais e utilidades;

II - a habitação, os móveis e utensílios domésticos, os objetos de uso pessoal, os instrumentos de trabalho e os produtos da lavoura, caça, pesca e coleta ou do trabalho em geral dos silvícolas.

Art. 42. Cabe ao órgão de assistência a gestão do Patrimônio Indígena, propiciando-se, porém, a participação dos silvícolas e dos grupos tribais na administração dos próprios bens, sendo-lhes totalmente confiado o encargo, quando demonstrem capacidade efetiva para o seu exercício.

Parágrafo único. O arrolamento dos bens do Patrimônio Indígena será permanentemente atualizado, procedendo-se à fiscalização rigorosa de sua gestão, mediante controle interno e externo, a fim de tornar efetiva a responsabilidade dos seus administradores.

Art. 43. A renda indígena é a resultante da aplicação de bens e utilidades integrantes do Patrimônio Indígena, sob a responsabilidade do órgão de assistência ao índio.

§ 1º A renda indígena será preferencialmente reaplicada em atividades rentáveis ou utilizada em programas de assistência ao índio.

§ 2º A reaplicação prevista no parágrafo anterior reverterá principalmente em benefício da comunidade que produziu os primeiros resultados econômicos.

Art. 44. As riquezas do solo, nas áreas indígenas, somente pelos silvícolas podem ser exploradas, cabendo-lhes com exclusividade o exercício da garimpagem, faiscação e cata das áreas referidas.

Art. 45. A exploração das riquezas do subsolo nas áreas pertencentes aos índios, ou do domínio da União, mas na posse de comunidades indígenas, far-se-á nos termos da legislação vigente, observado o disposto nesta Lei.

§ 1º O Ministério do Interior, através do órgão competente de assistência aos índios, representará os interesses da União, como proprietária do solo, mas a

participação no resultado da exploração, as indenizações e a renda devida pela ocupação do terreno, reverterão em benefício dos índios e constituirão fontes de renda indígena.

§ 2º Na salvaguarda dos interesses do Patrimônio Indígena e do bem-estar dos silvícolas, a autorização de pesquisa ou lavra, a terceiros, nas posses tribais, estará condicionada a prévio entendimento com o órgão de assistência ao índio.

Art. 46. O corte de madeira nas florestas indígenas, consideradas em regime de preservação permanente, de acordo com a letra g e § 2º, do artigo 3º, do Código Florestal, está condicionado à existência de programas ou projetos para o aproveitamento das terras respectivas na exploração agropecuária, na indústria ou no reflorestamento.

## TÍTULO V

### Da Educação, Cultura e Saúde

Art. 47. É assegurado o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão.

Art. 48. Estende-se à população indígena, com as necessárias adaptações, o sistema de ensino em vigor no País.

Art. 49. A alfabetização dos índios far-se-á na língua do grupo a que pertencam, e em português, salvaguardado o uso da primeira.

Art. 50. A educação do índio será orientada para a integração na comunhão nacional mediante processo de gradativa compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade nacional, bem como do aproveitamento das suas aptidões individuais.

Art. 51. A assistência aos menores, para fins educacionais, será prestada, quanto possível, sem afastá-los do convívio familiar ou tribal.

Art. 52. Será proporcionada ao índio a formação profissional adequada, de acordo com o seu grau de aculturação.

Art. 53. O artesanato e as indústrias rurais serão estimulados, no sentido de elevar o padrão de vida do índio com a conveniente adaptação às condições técnicas modernas.

Art. 54. Os índios têm direito aos meios de proteção à saúde facultados à comunhão nacional.

Parágrafo único. Na infância, na maternidade, na doença e na velhice, deve ser assegurada ao silvícola, especial assistência dos poderes públicos, em estabelecimentos a esse fim destinados.

Art. 55. O regime geral da previdência social será extensivo aos índios, atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas.

## TÍTULO VI

### Das Normas Penais

#### CAPÍTULO I

##### Dos Princípios

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

#### CAPÍTULO II

##### Dos Crimes Contra os Índios

Art. 58. Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena:

I - escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena - detenção de um a três meses;

II - utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos. Pena - detenção de dois a seis meses;

III - propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados. Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. As penas estatuídas neste artigo são agravadas de um terço, quando o crime for praticado por funcionário ou empregado do órgão de assistência ao índio.

Art. 59. No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço.

## TÍTULO VII

## Disposições Gerais

Art. 60. Os bens e rendas do Patrimônio Indígena gozam de plena isenção tributária.

Art. 61. São extensivos aos interesses do Patrimônio Indígena os privilégios da Fazenda Pública, quanto à impenhorabilidade de bens, rendas e serviços, ações especiais, prazos processuais, juros e custas.

Art. 62. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

§ 1º Aplica-se o disposto deste artigo às terras que tenham sido desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade e particular.

§ 2º Ninguém terá direito a ação ou indenização contra a União, o órgão de assistência ao índio ou os silvícolas em virtude da nulidade e extinção de que trata este artigo, ou de suas conseqüências econômicas.

§ 3º Em caráter excepcional e a juízo exclusivo do dirigente do órgão de assistência ao índio, será permitida a continuação, por prazo razoável dos efeitos dos contratos de arrendamento em vigor na data desta Lei, desde que a sua extinção acarrete graves conseqüências sociais.

Art. 63. Nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do Patrimônio Indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio.

Art. 64 (Vetado).

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 65. O Poder Executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas.

Art. 66. O órgão de proteção ao silvícola fará divulgar e respeitar as normas da Convenção 107, promulgada pelo Decreto nº 58.824, de 14 julho de 1966.

Art. 67. É mantida a Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967.

Art. 68. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.