DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE À LUZ DA FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DA ESCOLA IBÉRICA DA PAZ PARA A LEGITIMIDADE DO DOMÍNIO DOS POVOS INDÍGENAS

ORIGINAL TERRITORIAL RIGHTS IN THE BRAZILIAN LEGISLATION: AN ANALYSIS OF THE THEORETICAL BASIS OF THE IBERIAN SCHOOL OF PEACE TOWARDS THE LEGITIMACY OF THE INDIGENOUS PEOPLES' DOMINIUM

Jamilly Izabela de Brito Silva

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental (PPGDA-UEA). Atua como Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas (MPAM). É Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas, com Habilitação em Direito Internacional. Possui Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Civil e Direito Processual Civil e em Direito Público, ambas pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA).

Fabrício da Silva Henriques

Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas, com habilitação em Direito Internacional. Advogado.

RESUMO: O presente artigo buscou verificar se os direitos territoriais indígenas, assegurados pelo art. 231 da Constituição de 1988, possuem como fundamento de validade a legitimidade do domínio que os jusfilósofos luso-espanhóis da Escola Ibérica da Paz defendiam para esses povos. Nesse panorama, em primeiro lugar, foram analisadas as premissas fundamentais para compreender como se concretizavam os debates trazidos pelos pensadores da Escola Ibérica da Paz para, em seguida, explicitar como se comprovava a legitimidade do domínio (enquanto direito territorial ou *dominium proprietatis*). Estabelecida a fundamentação teórica defendida pela Escola Ibérica da Paz, o estudo passou a explicitar, no segundo momento, o histórico legal e constitucional brasileiro em relação aos direitos territoriais indígenas, até a atual previsão contida no art. 231 da Carta de 1988, demonstrando que a tradição jurídica nacional consolidou o entendimento de que os índios são os legítimos senhores de suas terras. Ao fim, constatou-se que os direitos territoriais originários dos povos indígenas estão, em análise última, fundamentados na legitimidade do domínio dos povos originários, nos termos defendidos pela Escola Ibérica da Paz, transmudada no instituto do indigenato, solidamente construído pela legislação colonial

e constitucional brasileira. O método de pesquisa utilizado é o dedutivo. O procedimento de pesquisa adotado é o qualitativo.
PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS, DOMÍNIO, INDIGENATO, ESCOLA IBÉRICA DA PAZ.

ABSTRACT: This article aims at verifying whether the indigenous territorial rights, guaranteed by art. 231 of the 1988 Constitution, have as their basis of validity the legitimacy of the dominium that Portuguese-Spanish Jusfilosophian of the Iberian School of Peace defended for these peoples. In this context, firstly, the fundamental premises were analyzed to understand how the debates brought about by the thinkers of the Iberian School of Peace were carried out, and then to explain how the domain's legitimacy was proven (as territorial right or dominium proprietatis). Having established the theoretical foundation defended by the Iberian School of Peace, the study goes on to lay out the Brazilian legal and constitutional history in relation to indigenous territorial rights, including the current art. 231 of the Constitution, showing that the national legal tradition cemented the understanding that the indigenous people are the legitimate owners of their lands. Finally, it was found that territorial original rights of indigenous peoples' are, in the final analysis, based on the legitimacy of the originary peoples' domain, in the terms defended by the Iberian School of Peace, which was transformed into the "indigenato" institution, solidly built by Brazilian colonial and constitutional legislation. The research method used is the deductive. The research procedure adopted is qualitative.
KEY-WORDS: INDIGENOUS TERRITORIAL RIGHTS, DOMINIUM, INDIGENATO, IBERIAN SCHOOL OF PEACE.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O pressuposto filosófico para a legitimidade do domínio dos povos originários. 2. O desenvolvimento dos direitos territoriais originários dos povos indígenas na legislação: da colônia à Constituição Federal de 1988. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A partir do avanço ultramar realizado especialmente pelas Coroas Portuguesa e Espanhola no Século XVI, com o apoio do pensamento filosófico dominante e da Igreja Católica que propagava a necessidade de "espalhar a fé cristã", os povos originários de Abya Yala[1] iniciaram seu histórico de sobrevivência aos intermináveis e constantes ataques praticados desde o "encontro" entre civilizações[2].

É preciso ressalvar, todavia, como fazem Calafate e Gutiérrez (2014), Loureiro (2015a) e Calafate e Loureiro (2020), os trabalhos desenvolvidos por um grupo de pensadores jusfilósofos luso-espanhóis dos séculos XVI e XVII, aqui

[1] A expressão Abya Yala é aqui utilziada em oposição ao nome América, e tem como objetivo realçar a construção de um sentimento de unidade e pertencimento entre os povos originários do continente.
[2] O termo é parte da expressão "encontro entre dois mundos" utilizado por Höffner (1957, p. 97 e ss.) para designar o momento em que os europeus aportaram na América e tiveram seu primeiro contato com os índios.

agrupados no que se convencionou chamar de Escola Ibérica da Paz[3]. Estes pensadores, de forma contramajoritária e baseados na *recta ratio*[4] e na origem democrática do poder, questionavam o "direito" das potências marítimas de subjugar os povos indígenas de Abya Yala.

Ainda que, na prática, o início da escravização dos povos originários tenha ocorrido imediatamente após a chegada dos colonizadores, o debate sobre se os povos indígenas possuíam (ou não) alma perdurou por quase 60 (sessenta anos) até a realização da Junta (Controvérsia) de Valladolid, ocorrida em 1550/1551.

Nesta ocasião, os argumentos do humanista franciscano Juan Ginés de Sepúlveda e os argumentos do frei dominicano Bartolomeu de Las Casas, este último inserido na Escola Ibérica da Paz, foram expostos e traziam uma distinção fundamental. De fato, Sepúlveda, seguindo a tradição teocrática e se aproximando do entendimento que se consagrou prevalente naquele momento histórico, "defendia a ideia aristotélica da escravidão natural e argumentava que os crimes contra a lei natural cometidos pelos ameríndios deveriam ser punidos com guerra justa pelos espanhóis" (LOUREIRO, 2015a, p. 208). Já Las Casas "defendia que os indígenas americanos eram homens livres e iguais a qualquer outro súdito espanhol e, nesta condição, deveriam ter seu direito de domínio respeitado" (LOUREIRO, 2015a, p. 208).

É certo que o debate em torno do que se convencionou chamar de "dúvida indiana"[5] trazia em seu lastro o questionamento de quais seriam os

---

[3] Como destacam Calafate e Loureiro (2020, p. 55), a denominação Escola Ibérica da Paz refere-se a "um punhado de homens, quase todos clérigos e professores das Universidades de Salamanca, Valladolid, Alcalá de Henares, Évora e Coimbra, ou delas egressos, [que] levantaram a incômoda questão da inexistência de fundamentação teológica ou jurídica para o que aconteceu e estava acontecendo após o encontro [...] dos reinos ibéricos com as civilizações ameríndias. Os relatos do uso abusivo da força que chegavam às cátedras do núcleo intelectual dos Impérios luso-espanhóis, ou a quotidiana violência presenciada em suas vidas missionárias na América, fez com que estes mestres catedráticos e missionários denunciassem, corajosamente, a ilegitimidade da conquista e colonização do Novo Mundo [...]". Quanto aos motivos que subsidiaram a escolha da expressão Escola Ibérica da Paz, assevera Assy (2020, p. 14): "Pedro Calafate cunha a denominação Escola Ibérica da Paz, de maneira a fazer jus à abrangência de uma escola de pensamento crítico ao imperialismo Luso-Espanhol no Novo Mundo que abrangeu não apenas a Universidade de Salamanca, mas também as universidades de Valladolid, Alcalá, Évora e Coimbra. [...]".

[4] Na atualidade, o conceito de *recta ratio* também vem sendo resgatado por Cançado Trindade, atual Juiz da Corte Internacional de Justiça, ao citar os autores da Escola Ibérica da Paz como "pais fundadores" do Direito Internacional em seus votos (Cfr., *inter alia*, os três casos envolvendo as Ilhas Marshall (contra Reino Unido, Índia e Paquistão), o caso Croácia v. Sérvia e o caso Alemanha v. Itália, com intervenção da Grécia. Cfr., ainda, Cançado Trindade (2006, p. 6-29).

[5] A expressão "dúvida indiana" foi escolhida por Silvia Loureiro para traduzir livremente a expressão em espanhol "duda indiana" e pode ser sintetizada nos seguintes questionamentos: "É legítimo o título de ocupação das Índias sob a doação da Bula de Alexandre VI? É justa a guerra movida pelos

fundamentos éticos, jurídicos e políticos que embasariam a exploração colonial empreendida pelos reinos espanhol e português no Novo Mundo, sendo que, para os fins do presente artigo, serão enfatizados os argumentos trazidos pelos jusfilósofos da Escola Ibérica da Paz para legitimar o domínio (na acepção de direitos territoriais ou de *dominium proprietatis*) dos povos originários[6] [7].

Além de não terem se sagrado como entendimento dominante para a construção da máquina colonial que invadiu Abya Yala nos séculos subsequentes, as ideias defendidas pela Escola Ibérica da Paz, inclusive em razão da ascensão do Estado como único sujeito de um Direito Internacional meramente voluntarista, principalmente a partir da celebração dos tratados de paz de Westfália em 1648, foram relegadas ao esquecimento e – somente recentemente – começaram a ser resgatadas por meio de um processo imprescindível de recuperação rigorosa de fontes e traduções dos escritos[8].

De fato, apesar das vozes dissonantes, a história de construção desse país chamado Brasil foi precipuamente caracterizada por devastadoras políticas coloniais e estatais assimilacionistas e/ou integracionistas que, quando muito, já

---

espanhóis contra os naturais? Deve-se conquistar primeiro os índios para depois evangelizá-los? Os crimes contra a natureza (antropofagia e sacrifícios humanos) cometidos pelos gentios da América são puníveis com guerra justa? A teoria aristotélica da escravidão natural era aplicável aos "selvagens" do Novo Mundo?" (LOUREIRO, 2015a, p. 208)

[6] Loureiro (2015a) lista as máximas "o homem como ser racional" e "o homem como ser social" como os dois pilares fundamentais da Escola Ibérica da Paz, destacando ainda que os debates ocorriam principalmente em torno de quatro eixos temáticos, as saber: (1) Poder Temporal *versus* Poder Espiritual; (2) Escravidão; (c) Guerra Justa e (4) Domínio, bem como possuíam três planos de aplicação: o homem individualmente considerado, a comunidade humana e o gênero humano como um todo. Cfr.: LOUREIRO (2015a, p. 221-225).

[7] Simões (2016, p. 274) sintetiza as conclusões dos escolásticos ibéricos sobre os temas candentes que debatiam: "Em todo caso, em jeito de síntese, estabeleceu-se que os homens de todas as raças foram criados livres e naturalmente iguais; que o poder político tinha origem imediata nas comunidades naturais dos homens, dando-lhe um fundamento democrático; que o direito ao domínio de jurisdição e propriedade não dependia da religião ou do grau de desenvolvimento civilizacional; que não existia escravatura natural, mas apenas legal; que o império cristão que se almejava era uma expectativa jurídica porque dependente de um pacto livre entre os povos, sem medo, sem dolo e sem ignorância, porque as leis imperiais não podiam contrariar as disposições naturais, pois mesmo que um povo não tivesse guia ou chefe ele seria o seu próprio chefe e guia; que o imperador não era o senhor do mundo, nem o império era de direito divino; que o papa não era senhor do mundo, nem no espiritual, nem no temporal, não tendo autoridade para "julgar os que estão de fora" (1 Cor 5, 12-13), cabendo-lhe apenas entre os não batizados o direito de predicar pacificamente o Evangelho (jus praedicandi)".

[8] Iniciado no âmbito do projeto de pesquisa "Corpus Lusitanorum de Pace: a contribuição de Portugal para a Escola Peninsular da Paz (séculos XVI e XVII)", desenvolvido na Universidade de Lisboa, Faculdade de Letras, no Centro de Filosofia, com o financiamento da Fundação para a Ciência e a Tecnologia do Ministério da Educação e Ciência de Portugal (PTDC/FIL-ETI/119182/2010).

durante o século XX, buscavam “proteger” os povos originários até sua “integração progressiva e harmoniosa à comunhão nacional”[9].

Tal constatação, entretanto, não impediu o histórico de proteção dos direitos territoriais dos povos originários que, além de constarem expressamente dos textos constitucionais desde a Constituição de 1934, têm sido assegurados em terras brasileiras desde o período colonial, até como consequência dos debates filosóficos propostos pelos pensadores da Escola Ibérica da Paz, nos termos do que constava, por exemplo, na Carta Régia de 10 de setembro de 1611, no Alvará de 1º de abril de 1680 e na Lei de 06 de junho de 1755.

Assim, a partir do resgate do fundamento teórico trazido pela denominada Escola Ibérica da Paz, e considerando a proteção constitucional brasileira que, historicamente, tem assegurado aos povos originários seus direitos territoriais, o presente artigo buscou responder à seguinte indagação: *os direitos territoriais indígenas, atualmente assegurados pelo art. 231 da Constituição Federal de 1988, possuem como fundamento de validade a legitimidade do domínio dos povos indígenas defendida pelos pensadores jusfilósofos luso-espanhóis?*

Para tanto, o presente artigo se dedicou a analisar, em primeiro lugar, as premissas fundamentais para compreender como se concretizavam os debates trazidos pelos pensadores da Escola Ibérica da Paz para, em seguida, explicitar como se comprovava a legitimidade do domínio (na acepção de direitos territoriais ou de *dominium proprietatis*) por eles defendidos em relação aos povos originários. Estabelecida a fundamentação teórica defendida pela Escola Ibérica da Paz, o estudo passou a explicitar o histórico legal e constitucional brasileiro em relação aos direitos territoriais indígenas, com ênfase no processo constituinte que culminou com a aprovação do art. 231 da Carta Constitucional de 1988, o qual prevê

[9] Nesse sentido, constava expressamente no Código Civil de 1916 que “os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação” (art. 6º., parágrafo único). O referido código já foi substituído pelo Código Civil de 2002, que se limita a prever que “a capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial” (art. 4º., parágrafo único). O Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001/73), ainda vigente, dispõe, em seu art. 1º., que “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.”. No mesmo sentido, a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) previa em seu art. 2.1 que “competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países” e em seu art. 23.2 que “deverá ser assegurada a transição progressiva da língua materna ou vernacular para a língua nacional ou para uma das línguas oficiais do país”. Registre-se que a Convenção 107 já foi suplantada pela Convenção 169, também da OIT, a qual, a exemplo da Constituição Federal de 1988, afastou-se complemente dessas premissas.

expressamente o reconhecimento dos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Ao final, constatou-se que os direitos territoriais indígenas estão, em análise última, fundamentados na legitimidade do domínio dos povos originários, nos termos defendidos pela Escola Ibérica da Paz, transmutada no instituto do indigenato, solidamente construído pela legislação colonial e constitucional brasileira.

Para a realização da presente pesquisa, o método utilizado foi o dedutivo, fomentando o diálogo entre o Direito Constitucional brasileiro e a gênese do Direito Internacional dos Povos Indígenas. No mais, o procedimento de pesquisa adotado é o qualitativo, com consulta a fontes bibliográficas e documentais.

1. O PRESSUPOSTO FILOSÓFICO PARA A LEGITIMIDADE DO DOMÍNIO DOS POVOS ORIGINÁRIOS

Em primeiro lugar, com o objetivo de evitar interpretações equivocadas, ambíguas ou, até mesmo, anacrônicas em relação às conclusões a que chegaram os catedráticos da Escola Ibérica da Paz na defesa da legitimidade do domínio dos povos originários – indubitavelmente alheios ao mundo cristão existente no momento da chegada dos europeus ao Novo Mundo –, é preciso estabelecer que, segundo esses pensadores, tanto para o cristianismo quanto para o paganismo, há duas épocas fundamentais que são preexistentes na história do mundo. Sobre o assunto, ao citar as conclusões de Barcia Telles, destacam Calafate e Loureiro (2020):

> Para tradição patrística, perfilada por São Tomás de Aquino [...], na idade da inocência (ou idade de ouro para a filosofia pagã) os homens eram livres e as coisas eram comuns a todos. Em seguida, após a queda de adão expulso do Paraíso em razão do pecado original, inicia-se a idade do pecado (ou idade de ferro para a filosofia pagã), na qual são introduzidas as instituições da escravidão e da propriedade privada. Esta concepção dúplice, ainda de acordo com Telles, exerceu grande influência sobre o conceito prático do que seria o direito natural e o direito das gentes, pois, enquanto o direito natural era identificado com a idade da inocência, o direito das gentes teria sido introduzido pelos homens na idade do pecado, modificando o conteúdo do direito natural [...].
> Assim, não é de se espantar que muitas das respostas formuladas pelos escolásticos ibéricos quanto às dúvidas sobre a legitimidade do domínio das gentes do Novo Mundo, fundadas na aplicação do

> direito natural e do direito das gentes, partam desse pressuposto filosófico. [...] (CALAFATE E LOUREIRO, 2020, p. 174)

Nesses termos, os debates sobre eventual legitimidade para adquirir ou perder o domínio, para os catedráticos da Escola Ibérica da Paz, "eram desenvolvidos na esfera do direito natural e do direito humano (civil ou das gentes)"[10] e, portanto, "não dependiam da condição de infidelidade e nem do estado de pecado mortal em que se encontravam os homens" (CALAFATE E LOUREIRO, 2020, p. 176).

Estabelecidas essas premissas, como asseveram Calafate e Loureiro (2020), é preciso assentar que os autores da Escola Ibérica da Paz aplicavam a palavra domínio em diversas acepções advindas de São Tomás de Aquino. Nesse sentido, esclarecem:

> [...] o domínio pode ser exercido por um homem sobre outro homem, ou por um homem sobre as coisas exteriores. No primeiro caso, a palavra *domínio* pode ser utilizada no sentido de *poder político*, *governo civil*, *jurisdição* ou *autoridade* exercidos por um homem sobre outro homem livre. Ainda no primeiro caso, a palavra domínio pode estar relacionada com *servidão* ou *escravidão* de um homem sobre outro servo ou cativo. No segundo caso, o domínio pode ser empregado no sentido de *propriedade privada* exercida pelo homem sobre as coisas. (CALAFATE E LOUREIRO, 2020, p. 173)

Especificamente em relação à acepção de domínio relacionada ao direito de propriedade privada do homem sobre as coisas (*dominium proprietatis*)[11], os

[10] Sobre o assunto, Loureiro (2015b, p. 337) esclarece: "De forma bastante simplificada, apenas para introdução do tema, é possível identificar nos autores da Escola Ibérica da Paz um quadro geral da divisão escolástica do Direito que segue as [...] linhas mestras de São Tomás de Aquino. Neste quadro pressupõe-se a existência de um direito divino e outro humano. O direito divino, por sua vez, é duplo: natural e positivo. Já o direito humano, que é todo positivo, subdivide-se em direito civil e das gentes [...], sem desvencilhar estes últimos, contudo, de sua fundamentação no direito divino natural. [...]". Assim sendo, "os pensadores da Escola Ibérica da Paz refletiam sobre a dúvida indiana segundo a perspectiva do direito divino natural, equiparando as soberanias ameríndias e europeias em função de algo que acreditavam ser comum aos dois mundos: a natureza racional e social do homem. [...] Por conseguinte, o direito das gentes, ligado em maior ou menor medida ao direito divino natural, deveria ser aplicado nas relações entre os reinos cristãos e os povos do Novo Mundo. Assim, é importante sublinhar que, embora o direito natural tenha Deus por autor, este não se confunde com a lei do Velho e do Novo Testamento, isto é, com o direito divino positivo. Nem tampouco o direito natural se confunde com o direito positivo humano (civil ou das gentes), que é decorrente da vontade do homem. A importância do que disso se extrai é que o direito divino natural é universal, mas não em termos de preceitos bíblicos, mas naquilo que é comum a todos os homens, ou seja, o uso da razão."

[11] Em relação ao domínio exercido por um homem sobre outro homem, os pensadores da Escola Ibérica da Paz defendiam que não havia título legítimo para a escravidão imposta pelos europeus aos povos originários, já que realizada sem justa causa e sem objetivar o benefício dos povos

pensadores da Escola Ibérica da Paz defenderam a legitimidade do domínio das terras aos povos originários, a partir da análise escolástica das teses contrárias a essa legitimidade, a saber: serem os índios pecadores, infiéis e/ou amentes e, portanto, desprovidos de legitimidade para o domínio de suas terras ou, ainda, serem as terras pertencentes aos povos indígenas sujeitas à aplicação da teoria da *terra nullius*.

Antes mesmo de esmiuçar os argumentos dos escolásticos ibéricos para afastar as teses contrárias à legitimidade do domínio dos povos indígenas, importa consignar que, para São Tomás de Aquino, como destacam Calafate e Loureiro (2020, p. 174-175), "a doutrina sobre propriedade [...] afirma que no estado de inocência todas as coisas eram comuns e a posse dos bens era de direito natural", sendo que "a divisão e apropriação dos bens foi introduzida pelo direito das gentes e, desde então a propriedade privada se legitimaria apenas com a destinação comum das coisas em proveito de todos e da partilha dos necessitados".

Assim, **em relação à tese de que os índios eram infiéis ou pecadores e precisavam estar em estado de graça ou alcançados pela caridade para possuírem legítimo domínio,** vejamos as conclusões de Francisco de Vitória[12] para refutar esses argumentos:

> 7. A INFIDELIDADE NÃO É IMPEDIMENTO PARA TER VERDADEIRO DOMÍNIO
>
> [...] 7.2 <<A infidelidade não é impedimento para ter verdadeiro domínio [...]. *A fé não anula o direito natural nem o direito humano*.

escravizados, uma vez que "[...] para Santo Tomás de Aquino, o domínio de um homem livre por outro homem somente é aceito quando o dirige para o próprio bem daquele que é dirigido ou para o bem comum. Esta forma de domínio, presente no estado de inocência, é de direito natural e está relacionada com a condição do homem como ser social e materialmente desigual. Ainda de acordo com São Tomás, no estado de inocência, os homens viviam socialmente, porque, como visto, é da natureza do homem constituir-se em comunidade e, assim, era necessário que algum homem os presidisse, preferencialmente aquele que tivesse mais ciência e mais justiça. Mas a dita presidência deveria ser exercida na utilidade dos outros e do bem comum, não pela simples ambição do poder e do mando" (LOUREIRO, 2015a, p. 265)

[12] Todos os excertos relativos aos pensadores da Escola Ibérica da Paz citados na presente seção foram retirados da obra intitulada "Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América", dirigida por Pedro Calafate e Ramón Emilio Mandado Gutiérrez, sendo que "os textos expostos [nesta obra] resultaram da seleção elaborada a partir do trabalho de transcrição paleográfica e tradução dos mais significativos manuscritos latinos dos professores das Universidades portuguesas do renascimento sobre a legitimidade da guerra, partindo de princípios teológicos e ético-jurídicos que acabaram por transformá-los numa apologia da paz e dos direitos da pessoa humana" (CALAFATE E GUTIÉRREZ, 2014, p. 112). Em suma, a obra tem como objetivo fundamental apresentar "uma seleção das "pérolas" dos escritos [...], de modo a realçar sua importância." (CALAFATE E GUTIÉRREZ, 2014, p. 112).

> Ora, o domínio ou é de direito natural ou de direito humano. Logo, não se perde o domínio pela falta de fé [...]
> 7.3 <<Temos por certa a conclusão de que, antes da chegada dos espanhóis, eram os índios verdadeiros senhores, publica e privadamente.>> [...] (CALAFATE E GUTIÉRREZ, 2014, p. 168)

No mesmo sentido, concluiu Alonso de Veracruz, reafirmando os povos originários como legítimos donos das terras que haviam sido recentemente "encontradas" pelos reinos espanhol e português:

> 3 A INFIDELIDADE NÃO É IMPEDIMENTO PARA TER VERDADEIRO DOMÍNIO
>
> <<Pelo simples facto de os povos destas ilhas recém descobertas estarem fora da fé, não pode ser justa a guerra por parte dos reis católicos no por parte do imperador ou de alguém com poder inferior, nem mesmo por mandato do Sumo Pontífice, porque o próprio Sumo Pontífice carece de tal poder para os reduzir e submetes em razão da infidelidade. Razão disto: porque eles eram donos legítimos e gozavam de jurisdição e posse verdadeiras, e a infidelidade não os convertia em possuidores injustos.
> Segue-se, em segundo lugar, que se foi esta a causa para os submeter, está obrigado o imperador a restituir todos os bens que tenham sido retirados a esses povos que viviam pacificamente. E do mesmo modo estão também obrigados a restituir todos os capitães e soldados que colaboraram em semelhantes danos e espoliações. [...] (CALAFATE E GUTIÉRREZ, 2014, p. 210 e 214)

Martín de Ledesma também corrobora as colocações de Vitória e Veracruz, ao consignar, inclusive, como já visto alhures, que a divisão e apropriação das coisas não se regulava pelo direito divino:

> 2 OS GENTIOS E PAGÃOS TÊM, POR DIREITO NATURAL, VERDADEIRO DOMÍNIO SOBRE SUAS TERRAS E BENS
>
> <<Os pagãos e os gentios têm verdadeiro domínio sobre as suas terras, desde que as não tenham usurpado de forma violenta aos cristãos ou a outros seus verdadeiros senhores, e esse domínio é tão verdadeiro como aquele que os cristãos têm sobre os seus bens. [...] Portanto, os pagãos e os gentios não podem ser privados do seu domínio com o intuito da fé, isto é, com vista a que venham a ser tornados cristãos, porque, como já tinham domínio das coisas e Deus não os priva desse domínio, não podem ser privados dele, a não ser por vontade própria ou por lei humana. Mas por nenhum destes modos os pagãos perdem o domínio de suas coisas, porque eles mesmos não querem abdicar por iniciativa própria do domínio dessas coisas e porque não querem obedecer aos príncipes dos cristãos, uma vez que possuem os seus verdadeiros príncipes e nunca

> quiseram submeter-se aos príncipes cristãos. E os príncipes cristãos não podem ter domínio sobre esses pagãos, a não ser que eles queiram submeter-se, o que nunca quiseram nem fizeram. [...] Além disso, se os bárbaros perdessem o domínio das coisas pela razão de não serem cristãos, a divisão e apropriação das coisas seria de direito divino, o que é falso. [...] Por conseguinte, os bárbaros não podem ser privados do domínio das suas coisas apenas por causa da fé.>> (CALAFATE E GUTIÉRREZ, 2014, p. 256)

Por sua vez, **no que se refere à tese de que os índios seriam amentes, fato que ensejaria a ausência de legitimidade do domínio**, Francisco de Vitória também é categórico ao refutar esse raciocínio:

> 12 AS DIFERENÇAS CIVILIZACIONAIS NÃO ANULAM O ARGUMENTO DA RACIONALIDADE NOS GENTIOS
>
> [Não é legítimo subjugar os índios com o argumento de que são amentes], porque na realidade não são idiotas, senão que fazem uso da razão. É evidente que têm certa ordem nas suas coisas; que têm cidades devidamente regidas, matrimónios bem definidos, magistrados, senhores, leis, professores, indústrias, comércio, tudo isto exigindo o uso da razão. Além do mais, têm também uma forma de religião e não erram nas coisas que são evidentes a outros. [...] Pelo que creio que o facto de que nos pareçam tão idiotas e embotados provém, em sua maior parte, de sua má e bárbara educação, pois também entre nós vemos que muitos homens do campo bem pouco se diferenciam dos brutos animais.>> (CALAFATE E GUTIÉRREZ, 2014, p. 172 e 176)

No mesmo diapasão é a conclusão de Alonso de Vera Cruz, enfatizando a organização social dos povos originários:

> 4 A LEGITIMIDADE DAS SOBERANIAS INDÍGENAS E O BRILHO DE SUAS CIVILIZAÇÕES
>
> <<Os habitantes deste Novo Mundo não só não são crianças ou amentes, mas são, a seu modo, bem dotados, e ao menos alguns deles, a seu modo, muito bem dotados. Isto é evidente: antes da chegada dos espanhóis, como acabamos de constatar com os nossos olhos, havia entre eles autoridades, governos e ordenanças sumamente apropriados, e tinham comunidade política e regime não só monárquico, mas também aristocrático; e entre eles existiam leis e castigavam os malfeitores, assim como premiavam os benfeitores da república [...]. Segue-se que aqueles, quem quer que sejam, que os consideram indignos do domínio ou do reino ou de outras esferas em que eram verdadeiros donos, alegam um título injusto.>> [...] (CALAFATE E GUTIÉRREZ, 2014, p. 214)

A conclusão maior sobre o que defendem os escolásticos ibéricos não pode ser mais cristalina como sintetizado por Francisco de Vitória, em *De Indis I, I, 4*: “não é lícito despojar os bens dos sarracenos, dos judeus e dos demais infiéis pelo simples facto de não serem cristãos; fazê-lo é furto ou rapina, nos mesmos termos em que o seria se eles despojassem os cristãos” (CALAFATE E GUTIÉRREZ, 2014, p. 166); e por Domingo de Soto, em *Relectio de dominio*, “com que direito retemos o império ultramarino recentemente descoberto? Na verdade não sei [...], pois não vejo donde nos venha tal direito” (CALAFATE E GUTIÉRREZ, 2014, p. 184).

Como consectário lógico das referidas conclusões, é indubitável que a tese que defende a aplicação da doutrina da *terra nullius* para deslegitimar o domínio dos povos originários sobre suas terras deve ser igualmente rechaçada. A esse respeito, Manuela Carneiro da Cunha discorre sobre a ausência de autoridade do papa para atribuir donos aos territórios localizados na América e, ainda, sobre a impossibilidade de aplicação da teoria da *terra nullius*. Confira-se:

> Os direitos específicos dos índios fundamentam-se numa situação histórica igualmente específica: eles eram os senhores destas terras antes dos colonizadores. Se isso é coisa que pouco se invoca hoje, existe, no entanto, uma sólida tradição jurídica que o sustenta: frei Francisco de Vitória, dominicano espanhol do século XVI considerado um fundador do direito internacional, não só argumentava que os índios eram ‘verdadeiros senhores [de suas terras] pública e privadamente’, mas até que o papa não tinha autoridade para atribuir os territórios da América a Espanha e Portugal. Quanto ao alegado (na época) ‘direito de descoberta’, ele era tão injustificado, argumentava Vitória com humor seco, quanto se os índios americanos houvessem ‘descoberto’ os espanhóis e se declarassem, por tal *razão*, senhores das terras ibéricas.
> Os reis portugueses reconheceram, em várias leis, os direitos dos índios sobre suas terras (CUNHA, 2012, p. 110-111).

O trecho mencionado por Manuela Carneiro da Cunha refere-se a seguinte passagem da *Releccio De Indis*, proferida por Francisco de Vitoria em 1539, na Universidade de Salamanca, onde debate os títulos ilegítimos e legítimos da conquista e colonização da América pela Coroa espanhola, onde refuta a tese da *terra nullius* nos seguintes termos:

> “É de direito das gentes que se conceda ao ocupante o que não é de ninguém, como se diz expressamente nas *Institutas*. Mas como aquelas terras não careciam de dono, não podem ser compreendidos neste título. E ainda que dito título possa ter algum

> valor unido a outro (como se dirá depois), sem embargo em si mesmo e isoladamente não justifica a posse daqueles bárbaros, nem mais nem menos que se eles nos tivessem descoberto."[13] (tradução livre)

Ora, somente pode ser considerado "de ninguém" ou abandonado aquilo que não tem dono, o que não se aplica às terras situadas no continente americano, já que se encontravam, como visto, sob o legítimo domínio dos povos originários. Sobre o assunto, Loureiro (2015b) consigna que:

> [...] é evidente que a doutrina de Francisco de Vitória (e dos demais escolásticos ibéricos) é diametralmente oposta à ficção da *terra nullius* utilizada para fins de aquisição de domínios dos territórios indígenas pelos Estados Nacionais, largamente utilizada e defendida pelo positivismo jus internacionalista prevalecente nos séculos XIX e XX (LOUREIRO, 2015b, p. 344)

Estabelecido o fundamento teórico desenvolvido pela Escola Ibérica da Paz para afastar as teses que questionavam a legitimidade do domínio para os povos originários nas Américas, com reflexos diretos no entendimento do clero colonizador também na América portuguesa, na seção a seguir o objetivo é explicitar o histórico legal e constitucional brasileiro em relação aos direitos territoriais indígenas, até a atual previsão contida no art. 231 da Carta de 1988, demonstrando que a tradição jurídica brasileira acompanhou o entendimento de que os índios são os legítimos senhores de suas terras.

2. O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS DOS POVOS INDÍGENAS NA LEGISLAÇÃO: DA COLÔNIA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Antes mesmo de analisar o histórico constitucional de proteção aos direitos territoriais dos povos originários e o que dita a Constituição de 1988, é preciso mencionar que, mesmo na legislação colonial, havia para esses povos,

---

[13] VITORIA, Francisco de. *Relectio De Indis:* o libertad de los índios. Edição crítica bilíngüe de L. Pereña e J. M. Pérez Prendes. Madrid: CSIC, 1967. P. 98. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace.* v. V.

inclusive por influência dos debates trazidos pelos pensadores da Escola Ibérica da Paz, o reconhecimento dos títulos de primeiros e naturais senhores das terras. Nesse sentido, já preceituava a Carta Régia de 10 de setembro de 1611:

> [...] os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer.

Previsão análoga estava contida no Alvará de 1º de abril de 1680, reafirmada pela Lei de 6 de junho de 1755, ao consignar que, no regime que vigorava para as capitanias hereditárias, deveria "ser reservado o prejuízo e direito dos Indios, primeiros e naturais senhores das terras".

Já no Brasil independente, a Constituição imperial de 1824 e a Constituição republicana de 1891 foram silentes em relação ao tema. Contudo, cabe referir-se aqui à Lei das Terras (Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850), que foi regulamentada pelo Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que também mantinha reservadas (apartadas) das terras devolutas aquelas destinadas "para a colonisação dos indígenas" (art. 12, da Lei nº 601).

No mesmo sentido, segundo o já citado decreto regulamentador, seriam reservadas das terras devolutas as terras destinadas "para colonisação, e aldeamento de indigenas nos districtos, onde existirem hordas selvagens" (art. 72, do Decreto nº 1.318), as quais "são destinadas ao seu usofructo; e não poderão ser alienadas, em quanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder o pleno gozo dellas, por assim o permittir o seu estado de civilisação" (art. 75, do Decreto nº 1.318).

Ainda que tenha ocorrido uma interpretação distorcida dos dispositivos da Lei de Terras e de seu decreto regulamentador para considerar como se fossem devolutas as terras destinadas aos povos indígenas, principalmente a partir do estabelecimento da República, com fundamento no art. 64 da Constituição de 1891, é inquestionável a previsão expressa no sentido de que as terras ocupadas pelos povos originários não entraram no rol de terras devolutas à União. Isso porque a legislação colonial e imperial, apesar de toda política estatal assimilacionista e integracionista praticada contra os povos indígenas, sempre reconheceu os direitos

territoriais originários desses povos, em consonância com o que fizeram os escolásticos ibéricos por ocasião do "encobrimento" civilizatório[14].

Já a partir da Constituição de 1934, e até mesmo durante o regime de exceção brasileiro (1964-1985), o histórico constitucional brasileiro tem assegurado aos povos originários a posse permanente e a inalienabilidade de suas terras. Vejamos:

CONSTITUIÇÃO	ARTIGO
Constituição de 1934 (art. 129)	Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.
Constituição de 1937 (art. 154)	Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.
Constituição de 1967 (art. 186)	Art. 186. É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas

[14] Para Dussel (2000, p. 48), um dos autores inseridos nos estudos de(s)coloniais, a chegada dos europeus à América e a prevalência do eurocentrismo ocidental como modelo de sociedade a ser seguido resultou no "encobrimento" do modo de ver e pensar daqueles que não representavam o ideal pré-estabelecido. Sobre a necessidade de aproximação entre os estudos de(s)coloniais e as contribuições da Escola Ibérica da Paz, expõe Assy (2020, p. 13-14): "A resposta produzida pela Escola de Salamanca à crise cognitiva provocada pelo embate entre europeus e ameríndios ao longo dos séculos XVI-XVII tornou-se um dos momentos mais referenciados na historiografia da formação do direito internacional Europeu. Por um lado, figura a produção de uma literatura clássica sobre os direitos naturais cujas matrizes universais do *ius gentium* foram de certa forma creditadas à Escola de Salamanca. Muito embora, apenas de forma tangencial essa tradição tenha atribuído a essa Escola as distinções conceituais mais significativas em torno do direito natural. A Escola de Salamanca é palidamente mencionada na tradição de obras e autores que trataram das concepções de direito natural ao longo dos séculos XVI-XVIII. [...] Não fora estimada a série de discussões originais e sofisticadas em torno do direito natural e do jus gentium contra o domínio Espanhol nas Américas impelidas por essa escola iniciada no Mosteiro de San Esteban. Por outro lado, as releituras decoloniais dos direitos humanos contemporâneas recobram essa mesma literatura exclusivamente como estratégia de confirmação histórica de subjugação epistêmica Ameríndia. Aqui a recepção da Escola de Salamanca foi matizada unicamente como parte agenciadora do projeto imperialista da conquista, com deferência mínima ao fato histórico de que a Escola de Salamanca se posicionou contra o domínio sobre os Ameríndios. Parte expressiva dos estudos decoloniais recuperam esses autores fora de seus limites de abrangência cognitiva espaço-temporais, de forma secundária, não-sistemática, pouco cuidadosa, homogeneizante, a despeito inclusive de um certo anacronismo histórico. A Escola de Salamanca não pode ser meramente equiparada a puro algoritmo de colonialidade do poder na literatura da conquista. [...] O confronto com a América ameríndia foi intelectualmente muito menos unilateral do que sua história de recepção europeia reconheceria. A Escola Ibérica da Paz imprime e reproduz o enorme desafio intelectual de autores que tentavam traduzir categorias indígenas dentro da moldura escolástica e com as fontes da filosofia clássica, do direito romano e da teologia cristã da época. A alteridade profunda dos povos ameríndios e o concomitante imperativo de se envolver com um universo simbólico radicalmente diferente do que até então se conhecia, forjou a concepção de um direito natural universal, mas consciente da dignidade de outras culturas e povos radicalmente distintos."

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

Fonte: elaboração própria.

Nesse ponto, mister rememorar que, como explicitou Mendes Junior (1912), por meio de uma *ratio* que se assemelha aos pensadores da Escola Ibérica da Paz, o direito dos povos originários às suas terras é um direito histórico, que antecede à própria criação do Estado brasileiro e se conforma num título congênito cujo reconhecimento declarativo remonta ao já citado Alvará de 1º. de abril de 1680, incorporado à lei pombalina de 1775. Especificamente em relação ao que se entende por *indigenato*, confira-se o que disse o referido autor:

> A ocupação, como título de acquisição, só póde ter por objecto as coisas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. (...) ora, as terras de índios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples occupação, aquilo que lhes é congenito e primario, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há uma simples posse, há um título immediato de dominio; não há, portanto, posse a legitimar, há dominio a reconhecer e direito originario e preliminarmente reservado. (MENDES JUNIOR, 1912, p. 59)

No que se refere à Constituição de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira, foi destinado um capítulo específico para os povos indígenas (Capítulo VIII), composto de dois artigos (arts. 231 e 232) que estão topograficamente localizados no Título VIII (Da Ordem Social)[15]. Importa registrar,

[15] A título de registro, mencione-se que o art. 20, XI; o art. 22, XIV; o art. 49, XVI; o art. 109, XI; o art. 129, V; o art. 176, §1º.; o art. 210, §2º. e o art. 215, §1º., todos da Constituição Federal e, ainda, o art.

ademais, que o núcleo duro da proteção aos direitos dos povos originários na Constituição Federal (arts. 231 e 232) foi "resultado da ampla participação política dos povos indígenas e organizações dedicadas à sua defesa" e assegura o reconhecimento da "organização social, costumes, línguas, crenças e tradições como direitos subjetivos dos povos indígenas", bem como "a promoção do protagonismo dos povos indígenas, quando admite, no artigo 232, legitimidade processual aos índios, [...] suas comunidade e organizações, na defesa de seus direitos e interesses" (MUNDURUKU, 2012, p. 37).

Os direitos territoriais originários dos povos indígenas estão assegurados no texto constitucional em vigor a partir do diálogo entre as expressões "direitos originários"; "terras que tradicionalmente ocupam"; terras que se destinam "a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes; e, ainda, terras "inalienáveis" e "indisponíveis", com os direitos sobre elas "imprescritíveis" (art. 231, *caput* e §§2º e 4º); tendo o texto constitucional conceituado as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas como sendo "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" (art. 231, §1º).

Durante os trabalhos desenvolvidos no processo constituinte, especificamente na fase das subcomissões temáticas[16], o que viria a ser o Capítulo VIII do Título VIII da Constituição Federal foi objeto de um total de seis audiências públicas, sendo cinco no âmbito da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias[17] e uma no âmbito da Subcomissão da

---

67, do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, também versam, direta ou indiretamente sobre os direitos e garantias assegurados aos povos indígenas.

[16] Em síntese, o processo constituinte se desenvolveu em 07 (sete) etapas que se desdobraram em 25 (vinte e cinco) fases, considerando o momento inicial de elaboração do Regimento Interno e de colheita de sugestões dos cidadãos, dos constituintes e de entidades e, ainda, a estrutura de oito Comissões Temáticas que, por sua vez, possuíam três Subcomissões Temáticas cada uma, além das Comissões de Sistematização e de Redação. As Subcomissões Temáticas, portanto, representam a primeira instância de debate e construção do futuro texto constitucional. Para os detalhes sobre o funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte, cfr. Oliveira (1993, p. 11-13).

[17] Vide atas e notas taquigráficas relativas às 3ª., 4ª., 8ª., 11ª. e 12ª. reuniões da Subcomissão. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissoes-e-subcomissoes/comissao7/subcomissao7c>. Acesso em: 05 de junho de 2020.

Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais[18]. Nessas ocasiões, foram ouvidas diversas lideranças indígenas (Estevão Taukane, Bakairi; Nelson Sarakura, Pataxó; Gilberto Macuxi; Davi Yanomami; Kromare Metotire; Pedro Kaingang; Valdomiro Terena; Hamilton Kauná; Antonio Apurinã e Ailton Krenak), bem como juristas (Carlos Marés, Comissão pela Criação do Parque Yanomani e Comissão Pró-Índio de São Paulo), cientistas políticos (Florestan Fernandes), antropólogos (Manuela Carneiro Cunha, Presidente da Associação Brasileira de Antropologia; Mércio Gomes, Instituto de Pesquisas Antropológicas do Rio), geólogos (Vanderlino Teixeira de Carvalho, Coordenação Nacional de Geologia) e o representante do CIMI (Dom Erwin Krautler).

Já na 4ª. reunião da Subcomissão, Manuela Carneiro da Cunha, uma das especialistas ouvidas pelos constituintes sobre a questão indígena, recordou os debates instaurados por ocasião da chegada dos europeus ao continente americano, aqui já sintetizados na expressão "dúvida indiana", citando expressamente Francisco de Vitória e rechaçando as teses contrárias ao direito de domínio dos povos originários. Vejamos:

> Há outra questão que não decorre da vulnerabilidade das sociedades indígenas, que é o direito à terra. O direito à terra é um direito totalmente diferente da proteção especial que se dá às sociedades indígenas. O direito à terra é o reconhecimento que vem desde a Colônia, de que os índios são os primeiros ocupantes do Brasil. Isso foi reconhecido desde o século XVI, quando se discutiu, por exemplo, se o Papa Alexandre VI tinha o direito de ficar traçando a linha de Tordesilhas e dando terras a leste e a oeste para Portugal e Espanha. Com que direito ele dava essas terras? E tratadistas do século XVI, em particular Francisco de Vitória, que é o fundador do Direito Internacional, foi muito taxativo, quer dizer, não havia soberania do Papa para discutir essas terras. Ele podia dar um direito de missão. As terras, na verdade, pertenciam aos índios. Era uma discussão que tinha um impacto político evidente. Havia quem sustentasse, por exemplo, que os índios, não conhecendo a verdadeira fé, não tinham verdadeira soberania, ou que, estando em estado de pecado, não podiam ter verdadeiro domínio sobre suas terras. Apesar de muito conveniente para as Coroas portuguesa e espanhola se negassem os direitos territoriais aos índios. Apesar disso prevaleceu no Direito, particularmente com Francisco de Vitória, que os índios eram verdadeiros senhores de suas terras. Estou enfatizando este ponto para mostrar que toda legislação

[18] Vide ata e notas taquigráficas relativas à 9ª. reunião da Subcomissão. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/copy_of_subcomissao1a>. Acesso em: 05 de junho de 2020.

> colonial subseqüente para o Brasil e para o Maranhão, durante toda a Colônia reconheceu esses direitos originários dos índios, pelo simples fato de eles serem os primeiros ocupantes.

Por conseguinte, na 8ª. reunião da Subcomissão, Carlos Frederico Marés, outro especialista ouvido em audiência pública realizada pelos constituintes, também retomou a ideia já defendida pelos escolásticos da Escola Ibérica da Paz no sentido de que os direitos dos povos indígenas sobre suas terras são originários, resgatando expressamente os argumentos defendidos por Bartolomeu de las Casas:

> Se a idéia da defesa, do entendimento de que os direitos dos índios são originários prevalecem ou são anteriores à lei é uma idéia que deve ser marcada, ela não é uma idéia nova. Na Verdade, Bartolomeu de las Casas já dizia da existência dessas nações diferenciadas, com direitos diferenciados em 1530. Desde 1530, portanto, a sociedade brasileira tem a obrigação de ter essa consciência.

O texto constitucional aprovado[19], após avanços e retrocessos durante os trabalhos constituintes, fez constar expressamente os direitos territoriais indígenas como tendo caráter originário, indisponível e inalienável, sendo que os direitos sobre eles são imprescritíveis. Há, ainda, previsão expressa sobre a nulidade e extinção, sem produção de efeitos jurídicos, dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Assim, o

[19] 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.

processo de demarcação é mero ato declaratório, uma vez que o direito à terra (domínio) é preexistente. No mais, a ocupação indígena é feita de forma tradicional (segundo seus usos e costumes), além de não ser mera posse civil, e sim posse permanente (pois tem como fundamento o indigenato). Em síntese: como defendiam os escolásticos da Escola Ibérica da Paz, o direito de domínio dos povos originários, refletido no texto constitucional de 1988 como “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, é legítimo e anterior à própria conformação do Estado brasileiro.

CONCLUSÃO

De acordo com tudo que foi exposto no presente artigo, tem-se como inquestionável que os direitos territoriais originários dos povos indígenas, atualmente salvaguardados pelo art. 231 da Constituição Federal de 1988, possuem como fundamento de validade o instituto do indigenato, cunhado por João Mendes Júnior que, por via de consequência, tem sua origem na legitimidade do domínio que os povos originários exerciam sobre suas terras quando os europeus aportaram no continente, conforme defendiam os autores da Escola Ibérica da Paz.

De fato, a resposta dada pelos escolásticos ibéricos à chamada “dúvida indiana” não encontrou fundamentos éticos, jurídicos e políticos para embasar a retenção do império ultramarino por portugueses e espanhóis e, assim, afastar a legitimidade do domínio exercido pelos povos originários sobre seu território. Muito pelo contrário: para os jusfilósofos da Escola Ibérica da Paz, despojar as terras originárias dos povos indígenas significava praticar “furto” ou “rapina”.

A tradição da legislação brasileira trilhou caminho análogo. Ainda no século XVII, aos povos indígenas se reconhecia a posição de “senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma” (Carta Régia de 1611). Essa tradição legislativa – que perpassou a legislação colonial, imperial e constitucional brasileira – foi mantida, perenizando as contribuições dos jusfilósofos ibéricos ao afastaram as teses que deslegitimariam o domínio dos povos indígenas. Os índios não perdiam o domínio pelo simples fato de serem pecadores, infiéis e/ou

amentes, tampouco as terras pertencentes aos povos indígenas estavam sujeitas à aplicação da teoria da *terra nullius*.

Apesar de vir ladeada por uma política estatal assimilacionista e integracionaista e, portanto, etnocida e genocida, a legislação brasileira, desde a época colonial e até o texto constitucional atual, protege os direitos territoriais originários dos povos indígenas ainda que não tenha incorporado a acepção original do *dominium proprietatis*.

Isso porque, no texto constitucional atual, os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente são ocupadas pelos povos indígenas são exercidos mediante posse permanente e usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, *caput* e §2º, CF/88). Dito de outro modo, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens (propriedades) da União (art. 20, XI, CF/88)[20], gravados com cláusulas de inalienabilidade e de indisponibilidade, sendo imprescritível, em benefício dos povos indígenas, seus direitos sobre elas (art. 231, §4º, CF/88).

A *ratio* constitucional consentânea e com fundamento de validade no indigenato e, por via de consequência, no que defendia a Escola Ibérica da Paz, é extraída, inclusive, dos debates ocorridos no âmbito da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias que, em diversos momentos, reconhecia que o texto constitucional em gestação deveria deixar claro que os direitos dos povos originários são anteriores à própria lei e têm origem na sua própria existência, de modo que a formação social e a organização social desses povos, a despeito de não se encontrarem organizadas de acordo com os parâmetros estatais, não afastam os direitos à terra, à vida e à cultura que possuem[21].

Daí porque o direito às terras que tradicionalmente são ocupadas pelos povos originários é um direito congênito, que representa uma aquisição originária de

---

[20] Convém mencionar que a Convenção 169 da OIT, diferentemente do texto constitucional brasileiro atual, reconhece aos povos indígenas e tribais os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Nesse sentido, prevê seu art. 14.1: 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.

[21] Vide atas e notas taquigráficas relativas à 8ª. reunião da Subcomissão. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissoes-e-subcomissoes/comissao7/subcomissao7c>. Acesso em: 05 de junho de 2020.

posse, cabendo ao processo de demarcação tão somente declarar esse direito preexistente.

Logo, rememorar a robustez e o reconhecimento anterior à própria conformação do Estado brasileiro aos direitos territoriais originários dos povos indígenas é fundamental, especialmente porque as questões cruciais debatidas em torno da "dúvida indiana", passados mais de cinco séculos, permanecem atuais.

REFERÊNCIAS

ASSY, Bethania. *Apresentação*. In: CALAFATE, Pedro. LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. As origens do direito internacional dos povos indígenas: a Escola Ibérica da Paz e as gentes do novo mundo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Código Civil*. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

_____. *Código Civil*. Lei nº. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

_____. *Lei nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 31 de maio de 2020.

CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América/Escuela Ibérica de la Paz: la consciência critica de la conquista e colonización de América: 1511 – 1694*. Santander: Editora da Universidade de Cantábria, 2014.

CALAFATE, Pedro. LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *As origens do direito internacional dos povos indígenas: a Escola Ibérica da Paz e as gentes do novo mundo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2020.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso da aplicação da Convenção de Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Croácia v. Sérvia). Julgamento de 03 de fevereiro de 2015. *Voto dissidente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade*.

_____. Caso da imunidade de jurisdição do Estado (Alemanha vs. Itália, com intervenção da Grécia). Julgamento de 03 de fevereiro de 2012. *Voto dissidente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade*.

_____. Caso das obrigações relativas às negociações de cessação da corrida armamentista nuclear e ao desarmamento nuclear (Ilhas Marshall vs. Reino Unido). Julgamento de 05 de outubro de 2016. *Voto dissidente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade*.

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

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidad y eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latino-americanas*. 1ª. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2000, p. 41-53. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sursur/20100708034410/lander.pdf>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

HÖFFNER, Joseph. *La ética colonial española del siglo de oro, cristianismo y dignidad humana*. Rivadeneyra: Madrid, 1957.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *A reconstrução da subjetividade coletiva dos povos indígenas no direito internacional dos direitos humanos – o resgate do pensamento da escola ibérica da paz (séculos XVI e XVII) em prol de um novo jus gentium para o século XXI*. Rio de Janeiro: PUC/RJ, 2015. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Tese (Doutorado), 2015a.

_____. O domínio dos povos indígenas do novo mundo segundo a concepção da Escola Ibérica da Paz (séculos XVI e XVII). In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 15, p. 335-350, dez. 2015b. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/322>. Acesso em: 09 de junho de 2020.

_____. *Conferência de Encerramento*. In: Colóquio Internacional Escola Ibérica da Paz: Direito Natural e Dignidade Humana, realizado na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra em 24 e 25 de outubro de 2019.

MENDES JÚNIOR, João, *Os Indígenas do Brazil, seus direitos individuaes e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MUNDURUKU, Daniel. *O caráter educativo do movimento indígena brasileiro (1970-1990)*. São Paulo: Paulinas, 2012.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembleia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 107, de junho de 1957. Convenção sôbre a Proteção a Integração das Populações Indigenas e outras*

Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58824.htm>. Acesso em: 31 de maio de 2020.

_____. *Convenção n. 169, de 27 de junho de 1989, Convenção sobre povos indígenas e tribais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 31 de maio de 2020.