

Direito, domínio e posse nas terras indígenas

Samara Viana Corrêa

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autora

Samara Viana Corrêa

Capa

AYA Editora

Revisão

A Autora

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Direito

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues
Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa
Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes
Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch
Faculdade Sagrada Família

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda
Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes
*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Pauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira
Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail
Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens
Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares
Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros
Rodrigues
Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda
Santos
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues
Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pela autora para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (CC BY 4.0). As ilustrações e demais informações contidas neste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de sua autora e não representam necessariamente a opinião desta editora.

C8241 Corrêa, Samara Viana

Direito, domínio e posse das terras indígenas [recurso eletrônico]. / Samara Viana Corrêa. -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 77 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-201-2

DOI: 10.47573/aya.5379.1.113

1. Indígenas da América do Sul - Posse da terra - Brasil. 2. Indígenas da América do Sul - Direitos fundamentais. 3. Reservas indígenas. 4. Demarcação de terras I. Título

CDD: 346.810432

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora EIRELI

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	8
INTRODUÇÃO	9
DA CONSTITUINTE À CONSTITUIÇÃO DE 1988: A VIRADA PARADIGMÁTICA.....	12
Breve análise histórico-constitucional dos direitos indígenas	12
Do paradigma da integração ao paradigma da interação	17
Dos diversos direitos constitucionalizados	21
DIREITO, DOMÍNIO E POSSE	25
Direito à terra: garantias nacionais e internacionais	25
Garantias constitucionais do direito especial dos índios à terra	25
Garantias infraconstitucionais do direito especial dos índios à terra	34
Instrumentos internacionais de proteção à territorialidade indígena	40
Domínio e Posse nas Terras Indígenas: categorias jurídicas diferenciadas	48
Domínio das terras indígenas	48
Posse Indígena	50
DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E A JUDICIALIZAÇÃO	55

Procedimento Administrativo Demarcatório	56
Judicialização da demarcação das terras indígenas	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS.....	70
SOBRE A AUTORA	73
ÍNDICE REMISSIVO	74

Prefácio

Este livro aborda a questão dos direitos indígenas no Brasil, mais especificamente o direito, domínio e posse das terras que eles ocupam. A Constituição Federal de 1988 reconheceu os indígenas como sujeitos de direitos, configurando uma mudança paradigmática do paradigma da integração para o paradigma da interação.

A Carta Magna assegurou diversos direitos aos índios, sendo o direito à terra o mais fundamental, pois está na essência dos direitos dos povos indígenas. O livro tem como objetivo analisar os institutos do direito, domínio e posse, e as etapas do procedimento de demarcação das terras indígenas, enfrentando também os principais aspectos da judicialização desse procedimento e apontando o papel do Poder Judiciário.

O tema é desafiador, mas é necessário refletir sobre esse direito, tendo em vista a importância da garantia desse direito fundamental para a sobrevivência e reprodução cultural dos povos indígenas. O primeiro capítulo apresenta uma análise histórico-constitucional dos direitos indígenas, enquanto o segundo capítulo expõe os institutos do direito, domínio e posse.

O terceiro capítulo analisa as etapas do procedimento de demarcação das terras indígenas, enfrentando também os principais aspectos da judicialização desse procedimento, apontando o papel do Poder Judiciário. Este livro é destinado a estudantes e profissionais do Direito e da Antropologia, bem como a todas as pessoas que se interessem pelo tema dos direitos indígenas no Brasil.

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Editor

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 pode ser chamada de “Constituição do Índio”, pois foi dentre todas as Constituições brasileiras a que mais se preocupou com os indígenas, inspirando inclusive outras Constituições como a da Colômbia (BULOS, 2008, p. 1430).

Inaugurou um novo paradigma sociojurídico no que tange a esses direitos, pois reconheceu a posse sobre as terras que eles ocupam, bem como sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Introduziu no sistema normativo brasileiro a visão que concebe os índios como sujeitos de direitos. Sua cidadania não se trata de “uma cidadania comum, única e genérica, mas daquela que se baseia em direitos específicos, resultando em uma cidadania diferenciada, ou melhor, plural” (LUCIANO, 2006, p. 36).

A Carta de 1988 rejeitou, portanto, a perspectiva romântica, que concebe os índios como ingênuos, pouco capazes ou incapazes de compreender o mundo não índio. Abandonou também a perspectiva que sustenta o índio como cruel, bárbaro, canibal, animal selvagem, preguiçoso e outros adjetivos negativos. Para esta última visão, os índios seriam empecilhos para o desenvolvimento econômico do país.

Assim, vários foram os direitos assegurados no capítulo que trata “Dos Índios”. A Constituição de 1988 configurou uma mudança paradigmática, abandonando o paradigma da integração para estabelecer o paradigma da interação. Deste modo, qualquer norma jurídica ou prática administrativa que estabeleça a inferioridade das crenças, tradições ou do modo de vida dos povos indígenas é contrária a Carta Magna do Brasil.

Nesse sentido, foi assegurado que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, objetivando o desenvolvimento

de outros direitos. Isso porque o direito à terra está na essência dos direitos dos povos indígenas.

Este direito fundamental sobressai aos demais direitos ali estabelecidos, uma vez que a terra é a fonte de sobrevivência dos índios. Ademais, da sua garantia depende todos os demais direitos, bem como a própria continuidade e reprodução cultural.

O direito coletivo, na percepção adotada neste trabalho, não se identifica com a figura do direito coletivo oriunda do direito processual brasileiro, tendo em vista tratar-se de um conceito mais amplo e albergador de fatores desconhecidos da ciência processual (SILVA, 2009, p.579).

Trata-se, na verdade, de um direito humano, das minorias étnicas, constituído na união de interesses de um número de indivíduos, que fundamenta a imposição a outros para que protejam e acomodem a cultura minoritária.(SILVA, 2010, p. 580).

Assim, visa-se a tutela de caráter público de cunho coletivo, pois “nomeia como sujeito do direito um a coletividade, seja difusa ou indeterminada, ou claramente determinada, como no caso indígena” (SOUZA FILHO, 2010, p. 490).

Iniciando a pesquisa, o primeiro capítulo apresenta uma breve análise histórico-constitucional dos direitos indígenas, desde os primórdios do Ordenamento Jurídico Brasileiro até a Constituição Federal de 1988. Essa Carta consolidou, ao menos formalmente, a virada paradigmática dos direitos indígenas: do paradigma da integração ao paradigma da interação, estabelecendo diversos direitos caracterizadores da diferenciada cidadania indígena.

O segundo capítulo expõe os institutos do direito, domínio e posse, distinguindo os elementos peculiares aplicáveis a temática indígena. Para tanto, utiliza-se como referencial os textos normativos internos como a Constituição

Federal e o Estatuto do Índio, bem como instrumentos internacionais como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Por conseguinte, o terceiro capítulo analisa as etapas do procedimento de demarcação das terras indígenas, enfrentando também os principais aspectos da judicialização desse procedimento, apontando o papel do Poder Judiciário.

O assunto é por demais desafiador, tendo em vista as dificuldades encontradas devido a complexidade de cunho jurídico e antropológico. Todavia é necessário refletir sobre esse direito, buscar sua efetivação e concretização, a fim de fortalecer a democracia participativa brasileira.

DA CONSTITUINTE À CONSTITUIÇÃO DE 1988: A VIRADA PARADIGMÁTICA

O território encontrado pelos portugueses estava habitado por índios. Estima-se uma população entre um e dez milhões de habitantes. Na Exposição de Motivos n. 16, enviada pelo Presidente da República Costa e Silva ao Congresso, encaminhando anteprojeto para criação da FUNAI, consta que na época do descobrimento havia 1.100.000 índios (SANTOS FILHO, 2006, p. 21).

Desde aquele momento, a história indígena passaria por diversas mudanças até o século XX, permanecendo, ainda hoje, o desafio de consolidar os direitos estabelecidos na Constituição de 1988.

Breve análise histórico-constitucional dos direitos indígenas

Na época do Brasil Colônia, existiam muitas leis sobre povos indígenas, editadas por Portugal, além das normas das Ordenações do Reino, que tinham vigência integral mediante adaptações interpretativas. Todavia, nenhuma delas foi posta integralmente em prática (SANTOS FILHO, 2006, p. 26).

Não é de se surpreender que os textos elaborados fossem atos legislativos editados sem preocupação alguma com o direito indígena (COLAÇO, 2003, p. 86)¹.

Na realidade, a legislação indigenista brasileira inclinou-se sempre pela exclusiva defesa dos interesses dos colonizadores, sem preocupação ou respeito com a cultura dos índios que já habitavam as terras. Não raro foi utilizada como instrumento de opressão aos índios, fruto de visão etnocêntrica, hoje rompida pela vigente Constituição (SANTOS FILHO, 2006, p. 18).

Em relação à natureza e à condição humana dos índios, a maioria dos pensadores e colonizadores, qualificava-os de brutos, semibestas, indolentes,

¹ *Direito indígena é aquele concebido no seio da comunidade indígena de acordo com os usos e costumes. Direito indigenista é aquele concebido pela sociedade envolvente de não índios (ANTUNES, 2013).*

sujos, canibais, idólatras etc., o que leva a crer que essa era uma forma de justificar e legitimar a exploração à qual submetiam as populações ameríndias (SANTOS FILHO, 2006, p. 24).

Uma das características da legislação do século XVI era a sua pendularidade (SANTOS FILHO, 2006, p. 24), uma vez que determinava bom tratamento aos indígenas que se submetessem à catequese e guerra aos que se mostrassem inimigos, permitindo a destruição das aldeias, a submissão dos índios ao cativeiro e morte, para exemplo dos demais².

Durante o império, houve um retrocesso no reconhecimento dos direitos indígenas.

A Constituição Federal de 1824 não teve nenhum dispositivo relativo aos índios. Todavia, o Ato Adicional à Constituição do Império de 12.08.1832 previu caber às Assembleias Gerais e ao Governo a catequização e civilização dos índios. Assim, os indígenas ficaram submetidos aos órgãos gerais e locais do Poder Público (COLAÇO, 2003, p. 86).

O silêncio da primeira Constituição Brasileira e o rigor da exigência de titulação de posse para reconhecimento da propriedade das terras, contida na Lei das Terras (1850), tiveram o efeito de legitimar e incrementar o processo de espoliação das terras dos índios, levado a efeito pelas companhias colonizadoras e pelos próprios colonos (SANTOS FILHO, 2006, p. 33).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1891 (BRASIL, 2013a), no art. 64, transferiu aos Estados-membros todos os imóveis públicos que não fossem necessários aos serviços da União ou indispensáveis à defesa das fronteiras, fortificações e construções militares e as ferrovias federais (BARRETO, 2008, p. 98). Isso fez com que as terras dos aldeamentos indígenas, que eram terras devolutas, pertencessem aos estados-membros.

2 Diversas foram as vezes em que a legislação indígena mudou o tratamento conferido aos índios, como exemplo, "o príncipe regente assinou a Carta Régia de 2 de dezembro, fazendo que os índios retornassem à antiga posição, isto é, permitindo que fosse reduzidos à escravidão, reconhecendo, no entanto, os títulos dos índios sobre seus territórios e as terras das aldeias" (SANTOS FILHO, 2008 p. 27).

Em consequência, “Não ocorreu o reconhecimento das terras indígenas, verificando-se, na verdade, espólio abusivo e fraudulento de terras de índios que ali permaneciam” (SANTOS FILHO, 2006, p. 34).

Apesar da omissão do legislador constituinte de 1891, com a edição do Decreto 8.072/1910 ocorreu sensível mudança na visão do Estado brasileiro com relação aos índios, sendo adotada política protetiva que ganhou proporção maior com o advento do Código Civil, em 1916. Não obstante criticado por estar firmado no ideal da integração dos povos indígenas por intermédio de processo de progressiva ‘civilização’, ao criar regime tutelar específico aos índios, o Decreto 8.072/1910 teve o mérito de acabar com o silêncio da legislação até então vigente, acarretador do crescente esbulho de terras e da morte de muitos índios (SANTOS FILHO, 2006, p. 39).

A primeira Constituição Brasileira a mencionar os direitos indígenas foi a de 1934 (COLAÇO, 2003, p. 85), desde logo atribuindo à União competência para legislar sobre incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (art. 5º, XIX, ‘m’) e reconhecendo-lhes a posse de terras nas quais se encontrassem permanentemente localizados (art. 129) (BRASIL, 2013b).

Todavia, por essas terras estarem situadas nos Estados-membros, relevante problema foi instaurado, uma vez que essas terras eram ou do domínio público ou do domínio particular. Estava, pois, constitucionalizado o conflito pela posse da terra, tendo de um lado os indígenas, suas comunidades e organizações (sobretudo não-governamentais) e do outro os estados federados e particulares (frequentemente aliados) (BARRETO, 2008, p.98).

A Constituição Federal de 1937 (BRASIL, 2013c). restringiu-se a repetir disposição anterior quanto ao reconhecimento à posse da terra ocupada em caráter permanente (art. 154), além de retomar a política integracionista (art. 5º, XV, ‘r’) a ser levada a cabo pela União (BRASIL, 2013c).

Vê-se que as Constituições de 1934 e 1937 tiveram a preocupação de declarar que as terras possuídas pelos silvícolas eram inalienáveis (BARRETO, 2008, p. 98). A Constituição Federal de 1946 (BRASIL, 2013d), seguindo a

orientação das Cartas de 1934 e de 1937, impôs o respeito às terras indígenas (art. 216).³

Tratando do tema, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Medeiros da Silva acentuou que o pensamento do legislador constitucional de 1946 não foi de anular os direitos de posse (e de propriedade) adquiridos no curso de mais de quatro séculos; o sentido da proteção constitucional foi de caráter declaratório, mantendo os silvícolas na posse das terras onde se acham permanentemente localizados, repetindo o pensamento expresso nas Constituições de 1934 e 1937 (SANTOS FILHO, 2006, p. 99).

Alteração significativa ocorreu com a Constituição Federal de 1967, que transferiu para o domínio da União as terras ocupadas pelos silvícolas (art. 4º, IV), condicionando-as a posse permanente das terras que habitam (art. 186) (BRASIL, 2013e).

Atribuiu ainda, aos indígenas, o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes em suas terras. Todavia, repetiu a política integracionista (art. 8º, inc. XVII, alínea o).

Sob vigência desta Constituição, foi editada a Lei 5.371/67, que criou a FUNAI em substituição ao SPI – Serviço de Proteção aos Índios. A FUNAI é órgão do governo brasileiro que tem por fim aplicar a política em prol do índio no território nacional, zelar pelo patrimônio indígena, fomentar estudos sobre populações indígenas que vivem em território brasileiro e garantir sua proteção, além de demarcar, assegurar e proteger as terras tradicionalmente ocupadas por eles (SANTOS FILHO, 2006, p. 43).

Nessa esteira, a Emenda Constitucional 01/1969 (BRASIL, 2013l), conservou o mesmo regime jurídico quanto à posse das terras indígenas (art.

³ Art. 216 da CF de 1946 - "Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem." (BRASIL, 2013d).

198), “manteve as terras dos índios incorporadas ao patrimônio da União” (art. 4º, inc. IV). A competência para legislar sobre “nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunidade nacional” (art. 8º, inc. XVIII, alínea ‘o’) também continuou sendo da União (SANTOS FILHO, 2006, p. 43).

Ademais, inovou significativamente em dois pontos, quais sejam, a declaração de nulidade e extinção dos ‘efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas’ (§1º), e a negação, aos ocupantes prejudicados, do direito a ‘qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio (§2º) (BARRETO, 2008, p. 99).

Ora, se os Estado-membros até então podiam invocar em seu favor a aplicação do art. 64 da CF/1891, a partir da CF/69 já não poderiam fazê-lo com tanta convicção. Assim, agregou-se mais um elemento de conflito na instável relação índios/não-índios (BARRETO, 2008, p. 99).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2013f), como nenhuma outra, tratou com profundidade e extensão os direitos indígenas. Ocorreu uma significativa ampliação destes direitos, sobretudo como consequência do reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e da legitimação processual para sua garantia e efetivação (SILVA, 2009, p. 853).

Declara como pertencentes ao domínio da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (art. 20, XI) (BRASIL, 2013f). Prevê o dever da União em demarcar as terras indígenas e protegê-las, fazendo respeitar todos os seus bens.

Resultou, verdadeiramente, em uma virada paradigmática.

Do paradigma da integração ao paradigma da interação

“A incorporação dos índios à sociedade nacional constituiu o objetivo mais importante da legislação indígena republicana no Brasil até 1988” (KAYSER, 2010, p.160). A Constituição Federal de 1934 foi a primeira Constituição Brasileira a fazer referência ao objetivo de incorporação dos índios (art. 5º, XIX, m) (BRASIL, 2013b).

A incorporação dos silvícolas na comunhão nacional foi também destacada por quatro constituições brasileiras desde 1934, como um objetivo explicitamente formulado dentro da competência legislativa da União. Até os anos 1980, no Brasil, de acordo com o princípio integracionista dominante com referência às populações indígenas, as comunidades indígenas eram consideradas como um nível inicial do processo da evolução, que decorreria sempre da mesma maneira. O estágio dos índios, para os quais a legislação empregava a designação de silvícolas, foi, portanto, considerado como um estágio necessário de transição, o qual, através da incorporação harmônica e gradual na sociedade nacional – que diferentemente das sociedades indígenas, era considerada civilizada, progressista, moderna e não apenas tecnologicamente, como também socialmente altamente desenvolvida - deveria ser concluído pelo Estado através do ensino e da educação. A ‘cultura nacional’ foi considerada obrigatoriamente como homogênea, sem a possibilidade da diferenciação cultural. O princípio integracionista considera as comunidades indígenas como um fenômeno cultural em extinção, que não possui quaisquer possibilidades de continuidade ou de reprodução (KAYSER, 2010, p. 207-208).

Antes da ordem constitucional de 1988 havia na disciplina constitucional duas teorias aplicadas à questão indígena, quais sejam, o integracionismo, como decisão político-administrativa e o privatismo quanto ao conteúdo de seus direitos (BARRETO, 2008, p. 104).

A lei criadora do SPI – Serviço de Proteção ao Índio, afirmava como política explícita

a integração dos povos indígenas, alterando a política anterior, sem desvio da meta de alcance da integração dos povos indígenas, na expectativa de acabar com as culturas indígenas para assimilá-las à cultura nacional, na busca do sonho de transformar os índios em cidadãos, ou a realização do pesadelo de acabar com a categoria ‘povos indígenas’ (SANTOS FILHO, 2006, p. 37).

Assim, com o SPI, o trato da questão indígena, foi profundamente modificado, uma vez que regulamentou a política de integração⁴, fundada na crença de que a humanidade passaria, necessariamente, por um único processo evolutivo, do qual a civilização representaria o estágio mais avançado (SANTOS FILHO, 2006, p. 37). O índio, por sua vez, era um sujeito em transição, em preparo para ingressar na ‘civilização’.

Em 19.12.1973, editou-se a Lei 6.001, conhecida com o Estatuto do Índio (EdI), disciplinando as relações do Estado e da sociedade civil brasileira com os índios, com o propósito de preservar a sua cultura e ‘integrá-los’, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional (art. 1º) (COLAÇO, 2003, p. 87).

A política da integração estava alicerçada no evolucionismo unilinear, corrente de pensamento que dominou a antropologia, na primeira metade do século XIX.

Nessa corrente era predominante a ideia de que a cultura desenvolve-se de maneira mais ou menos uniforme, sendo aceitável pressupor que cada sociedade percorresse as mesmas etapas evolutivas. A partir dessa perspectiva, então, eram justificadas a adoção de uma ‘escala hierárquico-evolutiva’ (SANTOS FILHO, 2006, p. 42).

Sob esse enfoque o índio seria um ser ‘primitivo’ e ‘em processo de evolução’ para a condição de ‘civilizado’ ou, a caminho da integração à ‘comunhão nacional’. Quando integrado, o índio perderia sua própria identidade, bem como o sistema especial de proteção que o envolvia (SANTOS FILHO, 2006, p. 44).

Em função da política integracionista, organizaram-se várias frentes de pacificação, com o escopo de integrar gradualmente os indígenas à sociedade brasileira.⁵

4 Vilas Boas (2012, p. 68) acentua que “A política integracionista, da forma como vinha sendo realizada, acabou por forçar um contato entre índios e não índios para o qual os mesmos não estavam preparados. Os não índios não sabiam conviver com um cultura tão diferente como a indígena [...]” Ademais, “de fato, o tempo revelou que a chamada política integracionista fazia com que o índios perdesse a sua indivisibilidade, misturando-se a algo diferente com a finalidade de se obter uma nova substância homogênea. E isso seria o total desrespeito às diferenças, o que não mais se admite.”

5 Os povos indígenas eram classificação quanto ao tipo de contato que mantinham com a sociedade nacional. “Estas categorias representam etapas sucessivas e necessárias da integração das populações indígenas na sociedade nacional”.

Isolados: “vivendo em zonas não alcançadas pela sociedade brasileira, só tinham experimentado contatos acidentais e raros com civilizados” (RIBEIRO, 1982, p 231).

Entretanto, os grupos indígenas que foram ‘pacificados’, desapareciam rapidamente, vitimados por doenças e pelas precárias condições de vida a que eram submetidos, ou, quando conseguiam sobreviver, tendiam a preservar as características culturais, como a língua e os costumes compatíveis com a nova vida de participantes diferenciados da sociedade nacional’ (RIBEIRO, 1982, p. 192).

Percebeu-se a deficiência dessa política de integração, de modo que foi desaparecendo dos documentos oficiais ou somente persistindo de forma tímida.⁶

Assim, em contraposição àquela corrente, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, consolidou-se a ideia de que cada sociedade tem a sua própria história e segue o seu próprio caminho (SANTOS FILHO, 2006, p. 34).

Em consequência, passou-se a entender que não existiam “sociedades na infância”, mas formas diferentes de sociedades, cada uma com seu valor e com projetos próprios de futuro (SANTOS FILHO, 2006, p. 35-36).

Renunciando aquela teoria, a Constituição Federal de 1988 representou uma verdadeira mudança paradigmática, uma vez que não mais contém em seu

Contato intermitente – “Corresponde àqueles grupos cujos territórios começam a ser alcançados e ocupados pela sociedade nacional. Ainda mantêm certa autonomia cultural, mas vão surgindo necessidades novas cuja satisfação só é possível através de relações econômicas com agentes da civilização. [...] Atividades produtivas, cultura e língua começam a refletir essa nova experiência através de certas modificações que a acercam das características da sociedade nacional” (RIBEIRO, 1982, p. 433).

Contato Permanente: “mantinham comunicação direta e permanente com grupos mais numerosos e mais diferenciados de representantes da civilização. Haviam perdido em grande parte a autonomia cultural, uma vez que se encontravam em completa dependência do fornecimento de artigos de metal, sal, medicamentos, panos e muitos outros produtos industriais. Conservavam, porém, os costumes tradicionais compatíveis com sua nova condição, conquanto estes mesmos já se apresentassem profundamente modificados pelos efeitos cumulativos das compulsões ecológicas, econômicas e culturais correspondentes ao grau de integração” (RIBEIRO, 1982, p. 234).

Integrados: “grupos que tendo experimentado todas as compulsões referidas e conseguido sobreviver, chegaram ao século XX ilhados em meio à população nacional, à cuja vida econômica se haviam incorporado como reserva de mão-de-obra ou como produtores especializados de certos artigos para comércio. [...] Muitos grupos nessa etapa, haviam perdido a língua original, nesses casos, aparentemente, nada os distinguia da população rural com que conviviam. Esse estado chamado de “integração ou como condição de índio-genérico representa uma forma de acomodação que concilia uma identificação étnica específica com uma crescente participação na via econômica e nas esferas de comportamento institucionalizado da sociedade nacional” (RIBEIRO, 1982, p. 235; 434)

Extintos – “os que desaparecem nesse meio século como grupos tribais diferenciados da população brasileira” (RIBEIRO, 1982, p. 237).

⁶ “As alterações culturais impostas segundo o conceito de integração dos índios pela cultura mais poderosa da sociedade nacional, que levaram ou deveriam levar à modificação e à destruição dos valores sociais e morais tradicionais das comunidades indígenas, à desintegração, e como consequência ao seu total desaparecimento, foram terminologicamente estigmatizados como ‘etnocídio’, primeiramente na discussão etnológica e mais tarde na jurídica, em ligação ao delito de assassinato dos povos” (KAYSER, 2010, p. 37; 211).

texto qualquer referência tendente à incorporação (BRASIL, 2013f).

Essa mudança paradigmática é facilmente identificada, em comparação às Constituições precedentes, inclusive com a alteração da terminologia utilizada em relação aos índios, às comunidades e aos grupos indígenas, que antes eram designados de silvícolas, termo empregado nas constituições anteriores (KAYSER, 2010, p. 207).

Ademais, compreende o índio como um ser ‘diferente’, sem que essa ‘diferença’ possa ser confundida com ‘incapacidade’.

É interessante notar que somos acostumados a discorrer e defender o ‘direito à igualdade’, quando o que parece mais adequado aos tempos pós-modernos seria propugnar pelo ‘direito à diferença’. Para nós a diferença não implica homogeneidade, mas, ao contrário, individualidade. No caso indígena, sobretudo, a diferença é condição mesma da própria identidade. Concluindo: o reconhecimento do direito à diferença de indivíduos e comunidades etnicamente diferenciados – como os indígenas – insere-se num contexto que envolve os espaços público e privado, cujos instrumentos visarão ao alcance da almejada identidade própria (BARRETO, 2008, p. 105).

Reconhece a ‘capacidade’ do índio para ingressar em juízo na defesa de seus direitos, sem depender de nenhuma intermediação, alterando, assim, substancialmente a natureza exclusivamente ‘protetiva’. Portanto, esta garantia constitucional está protegida de ataques pela via do processo legislativo ordinário (SANTOS FILHO, 2006, p. 48).

Assim, a ‘tutela-incapacidade’ não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, em consequência do abandono ao ‘paradigma da integração’ (cujo pressuposto era exatamente a ‘incapacidade’), substituindo-o pelo ‘paradigma da interação’ (cujo fundamento é precisamente a ‘diferença’) (SANTOS FILHO, 2006, p. 49).⁷

Por isso, as relações dos índios, suas comunidades e organizações com a comunidade nacional passaram a ocorrer no plano da horizontalidade, e

⁷ O paradigma da interação também é chamado de paradigma da multiplicidade cultural.

não mais no plano da verticalidade. “A nova mentalidade assegura espaço para uma interação entre esses povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois que se funda na garantia do direito à diferença” (BARRETO, 2008, p. 104), uma vez que a singularidade de culturas e povos deve ser compreendida como parte da diversidade humana, o que implica também na sua universalidade (GOMES, 1988, p. 35).

Dos diversos direitos constitucionalizados

Com a virada paradigmática, necessitava-se, pois, de um sistema legal diferenciado e de substancial defesa social e cultural das populações indígenas. Assim, deveria haver a compatibilização do instrumento constitucional-legislativo com a natureza cultural dos índios, sob pena de as normas de proteção constituírem simples projetos.

Isto ocorreu em decorrência da explícita adoção da multiétnicidade e multiculturalidade brasileiros pela Constituição Federal de 1988, que inovou a Ordem Constitucional ao abandonar uma política de perspectiva assimilacionista, “reconhecendo aos índios o direito à diferença, ou seja, de serem índios e de permanecerem como tal indefinidamente” (SANTOS FILHO, 2006, p. 46).

A Constituição (BRASIL, 2013f) contém, ao todo, onze normas que fazem referência à situação jurídica das populações indígenas. Pela primeira vez na história das constituições brasileiras, em 1988 foi dedicado aos direitos dos índios um capítulo próprio. Nenhuma das constituições precedentes continha mais do que três artigos jurídico-indígenas (KAYSER, 2010, p. 204).

O art. 231 da CF, alberga o direito à alteridade, ou seja, o direito de o índio ser diferente, o que implica a aceitação de que a cultura dos não-índios não é a única forma de cultura válida.

Nesse sentido, o direito à diferença não significa a existência de uma inferioridade de direitos, ao contrário, explicita que aos indígenas não podem ser negados direitos deferidos aos cidadãos brasileiros, assegurando, por sua vez, diversos direitos decorrentes de sua peculiar situação (VILAS BOAS, 2012, p. 68).

O art. 231 da Constituição de 1988 é de fundamental importância, visto romper abertamente com a orientação integracionista de toda a legislação anterior que, embora reconhecesse os valores culturais, as tradições, os usos e costumes das comunidades indígenas, sempre teve por meta a integração dos índios na sociedade nacional (SANTOS FILHO, 2006, p. 47).

“Para os povos indígenas há que distinguir dois direitos diferentes. Um que pertence a toda humanidade e outro que pertence a cada povo” (SOUZA FILHO, 2010, p. 491-492). O que pertence a toda a humanidade é o direito à sociodiversidade, que constitui um direito-dever à existência e manutenção dos diversos povos e suas culturas, o direito à alteridade.

O segundo é o direito, também coletivo, à existência, cujo sujeito é um determinado povo. “Este direito é indivisível entre seus titulares, uma eventual divisão do objeto fará com que todos os titulares do todo continuem titulares das partes, não são passíveis de alienação, são imprescritíveis, impenhoráveis e intransferíveis” (SOUZA FILHO, 2010, p. 491-492).

Estes direitos, no sistema da Constituição brasileira de 1988, se explicitam em três dimensões: os territoriais, os de organização social e os de cultura, intimamente vinculados, de tal sorte que, em geral, a violação a uma das dimensões viola as outras. (SOUZA FILHO, 2010, p. 491-492).

Dessa maneira, o caput do art. 231 (BRASIL, 2013f) declara, sobre os direitos culturais dos índios, o reconhecimento da organização social dos índios, seus costumes, línguas, crenças e tradições, e que compete à União proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Esta norma é complementada pelo art. 210, §2º e pelo artigo 215, §1º da

CF (BRASIL, 2013f). Conforme o art. 210, §2º, o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa. É assegurada, no entanto, às comunidades indígenas, também a utilização de suas próprias línguas e processos de aprendizagem diferenciados. O art. 215, §1º da CF preceitua que cabe à União a obrigação de proteger as manifestações das culturas indígenas (BRASIL, 2013f).

A obrigação da União de proteger as diferenças culturais e suas manifestações foi consequência do reconhecimento da diversidade cultural do Brasil. (art. 231, 215, §1º, 210, §2º, CF) (BRASIL, 2013f).

E ainda, outro direito especial assegurado, são os direitos processuais. O art. 232 da CF, concede legitimidade processual ativa aos índios, suas comunidades e organizações. Tal direito não foi concedido antes em nenhuma das Constituições Brasileiras precedentes. Assim, o art. 232 da CF possui eficácia imediata, sendo, portanto, diretamente aplicável (BRASIL, 2013f).

O Direito processual é primeiramente concedido aos índios individualmente. Os direitos e interesses dos índios têm, no entanto, devido ao seu modo de vida, também caráter coletivo. Contrariamente à regulamentação vigente até 1988, eles se referem, portanto, tanto a cada membro isolado da comunidade, como também a comunidade como tal. Esta é a razão pela qual a Constituição concede a capacidade processual também às comunidades indígenas e suas organizações (BULOS, 2009, p. 1350).

Há também a obrigação da União de proteger todos os bens jurídicos dos indígenas. É o que dispõe o caput do art. 231 da CF (BRASIL, 2013f). Esta norma não teve precedentes na história constitucional brasileira. Os bens a serem protegidos abrangem os bens materiais, econômicos, mensuráveis, como também os bens imateriais.

Destarte, paralelamente aos direitos à terra analisados, a organização

social das comunidades, dos usos, das línguas, crenças e tradições, existe o dever de proteção à vida, à saúde, à integridade física, à liberdade e à honra, sendo, portanto, uma obrigação especial de proteção da União perante os índios (KAYSER, 2010, p. 266-267).

Mas, se é certo que a União tem um papel destacado e inafastável de promover e proteger os direitos indígenas, abre-se ainda um campo de competência partilhada, é dizer, constitucionalmente distribuída em comum aos diversos entes da federação (Municípios, inclusive): veja-se a atribuição ao 'Estado' genericamente (leia-se: Poder Público) de proteger as manifestações das culturas indígenas (art. 215, §1º, da CF 88); a garantia de que às comunidades indígenas se assegurará 'a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem' (art. 210, §2º, da CF/88), em dispositivo que se refere especialmente – mas não exclusivamente – ao ensino fundamental: cuja competência é prioritariamente deferida aos Municípios, segundo o art. 211, §2º, da CF/88), dentro de um sistema que estabelece como comum a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger os 'bens de valor histórico, artístico e cultural', bem como para 'proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, III e V, da CF/88) (SARLET, 2007, p. 292).

Por certo, a Constituição Federal não elencou exhaustivamente o conteúdo dos direitos indígenas, mas apenas sinalizou seu conteúdo.

DIREITO, DOMÍNIO E POSSE

Direito à terra: garantias nacionais e internacionais

A Constituição Federal de 1988 implicou na mudança paradigmática das questões indígenas, assegurando o direito à diferença, preservação da identidade somática, linguística e cultural e a continuidade da reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Nesse diapasão, o Capítulo VIII do Título da Ordem Social que trata “Dos Índios” possui “finalidade fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária.” (BRASIL, 2013u).

Desse modo, a questão da terra indígena constitui o cerne das reivindicações indígenas, tornando-se elemento essencial na concretização de outros direitos constitucionais.

Garantias constitucionais do direito especial dos índios à terra

A Constituição Federal de 1988 marcou o início de uma nova etapa na trajetória histórica dos direitos indígenas, assegurando além da posse da terra indígena, diversos outros direitos. De fato, o direito à terra indígena foi novamente garantido como categoria jurídica, semelhante às Constituições Federais de 1934, 1937, 1946 e 1967 (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 135).

Enquanto as constituições precedentes haviam se referido apenas às terras habitadas pelos silvícolas (textos constitucionais de 1967 e 1969) ou às terras em que os ‘silvícolas’ se localizam permanentemente (Constituições de 1934, 1937 e 1946), pela primeira vez na história das constituições brasileiras, o

conceito de terras indígenas é definido pela própria Constituição Federal.

Vê-se a irradiação do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil nos arts. 231 e 232 da CF (BRASIL, 2013f), a partir de seu caráter solidário, compensando desvantagens históricas através da igualdade civil-moral das minorias.

Na dicção do art. 231, §1º da CF (BRASIL, 2013f), a terra indígena é caracterizada a partir de alguns elementos:

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 (BRASIL, 2013f).

O conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios tem quatro pressupostos, quais sejam: habitada pelos índios em caráter permanente; utilização da terra para atividades produtivas; que a terra seja necessária para a manutenção dos recursos indispensáveis ao bem-estar dos índios e que a terra seja necessária à reprodução física e cultural.

Esses pressupostos devem existir cumulativamente, de modo que a existência de apenas um ou vários, não é suficiente. Todos os quatro pressupostos devem ser definidos através dos usos, costumes e tradições dos índios – e não em conformidade com os conceitos dos não índios, de modo que possam ser respeitadas as mais variadas formas de relações dos índios brasileiros com a sua terra (KAYSER, 2010, p. 235).

Assim, essa expressão “terras tradicionalmente ocupadas” não possui significado temporal com conotação de ocupação imemorial, não significa que os índios estariam ocupando as terras “desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles” (SILVA, 2007, p. 858).

Refere-se ao “modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam etc” (SILVA, 2007, p. 858).

O conceito de posse ‘tradicional’ não se refere, portanto, a um componente temporal, e sim apenas ao modo tradicional dos índios de possuir e utilizar a terra, e com isso, ao modo tradicional da relação dos índios com sua terra (ao contrário do conceito brasileiro de posse, de interpretação cível) (KAYSER, 2010, p. 235).

No julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013u), a tradicionalidade foi entendida, pelo Ministro Britto, como a imputação de um valor a mais, um ente protetor decorrente do vínculo natural e sagrado (LIMA, 2011, p.173).⁸

A interrupção da permanência da posse decorrente de fator não voluntário, como a expulsão, não afasta a tradicionalidade da terra ocupada, se comprovada através de levantamento antropológico. Isso porque o direito à terra tradicionalmente ocupada é congênito e primário, tratando-se do reconhecimento constitucional de direitos originários. Além disso o eventual afastamento ou expulsão não constitui *modus operandi ou faciendi* para a eliminação da propriedade da União (SILVA, 2009, p. 859).

O surgimento desse direito decorre da condição de ser indígena e da ocupação das terras.

As áreas indígenas estão afetadas a uma finalidade pública: a proteção às comunidades indígenas. “Não é estritamente um serviço administrativo, mas há objetivo social perseguido pelo Poder Público. Sendo assim, trata-se de bens públicos enquadrados na categoria dos bens de uso especial” (CARVALHO

8 O STF julgou parcialmente procedente a PET 3.388 mantendo a demarcação da TI. Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima, nos termos da Portaria nº 534/2005. Todavia, impôs restrições ao usufruto daquela terra indígena e das outras terras demarcadas. Ficou assentado, nesse julgamento, a ideia de que “Assim, como acontece com os direitos fundamentais, disse que a terra indígena não tem caráter absoluto e deve se quedar às restrições impostas pela própria CF”, razão pela qual foram definidas dezenove condicionantes (BRASIL, 2013u).

Essa condicionantes e interpretações, na medida do proposto, devem ser aplicadas aos outros processos de demarcação de terras indígenas, possuindo aplicabilidade em todo o território nacional.

FILHO, 2009, p. 1140).

Ademais, é necessário um vínculo físico de ocupação, além de uma relação com os usos, costumes e tradições do povo indígena. Essa combinação é necessária para a defesa da integridade cultural (LIMA, 2011, p. 84).

Deve ser utilizada para atividades que se relacionem a suas condições de produção e reprodução física, econômica e cultural, de acordo com suas tradições, deve incluir área imprescindível para a preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar indígena (LIMA, 2011, p.90).

Assim, as terras ocupadas pelos índios devem ser as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Essa reprodução cultural não é estática, de forma que, como qualquer cultura da comunidade étnica, podem ser modificadas mais rápidas ou mais lentamente, uma vez que nenhuma cultura é isolada (SILVA, 2009, p. 855/856).

O direito à terra indígena constitui direito fundamental, que ensejou a fixação de outros dispositivos constitucionais que possibilitam a existência e a concretização desse direito.

Assim, vários direitos especiais foram concedidos como consequências jurídicas da posse tradicional dos índios à terra. Para tanto, têm-se a garantia da posse futura e o direito dos índios ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos.

Como a União, de acordo com o art. 20, XI, CF, tem a propriedade da terra tradicionalmente ocupada pelos índios, estes recebem uma garantia de seu direito de posse sob a forma de um direito coletivo ao seu habitat para o futuro, no sentido de que essas terras são destinadas, para sempre, a serem habitat de determinada comunidade ou povo indígena. A União tem somente uma propriedade vinculada nessas terras, cujo objetivo é a garantia da posse permanente das mesmas aos índios (KAYSER, 2010, p. 239).

O art. 231 §5º da CF (BRASIL, 2013f) prevê a proibição de transferência e de remoção da população indígena, *in verbis*:

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 (BRASIL, 2013f).

Esse dispositivo tem o escopo de dificultar que medidas diretas e pressão indireta de grupos de interesses ensejem a remoção dos índios, intervindo em suas terras de modo contrário à vontade e promovendo a expulsão de suas posses. (KAYSER, 2010, p. 239).

Contudo, essa proibição admite duas exceções disciplinadas no art. 231, §5º da CF: “nos casos de garantia de sobrevivência dos grupos indígenas ou de interesse da soberania do Brasil.”. A primeira para a garantia da sobrevivência dos grupos indígenas nos casos de catástrofe ou de epidemia, de modo que o Presidente da República pode ordenar diretamente a remoção, ato sujeito a verificação posterior pelo Congresso Nacional. A segunda na hipótese de interesse da soberania brasileira, onde a remoção pode ser realizada após a deliberação do Congresso Nacional. Nessas exceções é assegurado o retorno imediato logo que cessar o risco que deu origem à remoção.

Igualmente, as atividades de garimpeiros foram proibidas nas terras indígenas (art. 231, §7º da CF).⁹

O motivo da proibição constitucional da garimpagem em terra indígena, que não admite exceções, é a falta de fiscalização pelo Estado. Enquanto as sociedades mineradoras podem perder suas concessões no caso de prejuízos ambientais ou a pessoas, a atividade dos garimpeiros isolados quase não pode ser fiscalizada. Sanções contra garimpeiros isolados quase não surtiriam efeito, em razão da curta duração de sua permanência nos locais de garimpo. (KAYSER, 2010, 241).

Todavia, foi admissível constitucionalmente a pesquisa e a exploração dos recursos minerais do subsolo às empresas mineradoras, se em conformidade com lei regulamentadora, que ainda não foi criada.

⁹ Art. 231, § 7º da CF “Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.”

Há também cláusula constitucional de inalienabilidade, indisponibilidade e a imprescritibilidade dos direitos sobre a terra indígena previsto no art. 231, §4º da CF: “As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (BRASIL, 2013f).

A inalienabilidade inclui o fato de que as terras não podem ser vendidas, doadas ou permutadas, mas também que não podem ser utilizados como garantia de créditos (BULOS, 2009, p. 1348).

Ademais, que não são admitidas alterações na destinação das terras indígenas, devendo servir somente à posse permanente e ao usufruto exclusivo indígena.

Com a formulação de que os territórios tradicionalmente em posse dos índios são indisponíveis, a Constituição expressa que essas terras apenas podem servir à posse dos índios em caráter permanente e ao seu usufruto exclusivo, e que não são admissíveis alterações desta destinação das terras, no sentido do art. 231, CF, nem mesmo através de uma lei federal. A regulamentação sobre a indisponibilidade não teve correspondentes nas constituições precedentes (KAYSER, 2010, p. 242).

A imprescritibilidade, citada no art. 231, §4º da CF, inclui a continuidade da vigência dos direitos indígenas à terra tradicionalmente por eles habitada, também nos casos em que tenham sido expulsos de sua terra. Nesses casos, seus direitos à terra permanecem, independentemente do tempo decorrido desde a expulsão (KAYSER, 2010, p. 243).

Há também, como direito especial, a regulamentação da ineficácia jurídica das infrações às proibições constitucionais do art. 231 da CF, conforme disposto no art. 231, §6º da CF (BRASIL, 2013f).

Por conta disso, são inadmissíveis inscrições de terceiros no registro de imóveis das terras tradicionalmente em posse dos índios, sob pena de ser absolutamente nula e juridicamente irrelevante (KAYSER, 2010, p. 243/244).

Frise-se a imprestabilidade de títulos sobre as terras indígenas, ainda que emitidos por cartórios ou por governos estaduais ou municipais. Assim, não há direito adquirido à ocupação de terras indígenas, nem ao esbulho ou turbação. (LIMA, 2011, p.93)

Porém, o dispositivo ressalva a hipótese de relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar. Verifica-se que essa exceção requer, além do relevante interesse público da União, que exclui os interesses dos Estados e Municípios e de particulares, a regulamentação por lei complementar.

Também, se até então não foi criada uma lei, conforme o artigo 231, §6 CF, e, portanto, a regulamentação de nulidade tem validade irrestrita, diz-se na literatura, com razão, que a 'garantia dos índios às terras e aos seus recursos pode se tornar obsoleta por um ato político.' A Constituição de 1988 representa, assim, em relação a isso um considerável retrocesso para os direitos dos índios em comparação com a situação jurídica da Constituição de 1969 (KAYSER, 2010, 245).

“A regulamentação constitucional do art. 198, §1º, de 1969, não continha uma cláusula de exceção semelhante”. Observa-se, assim, nesse ponto, um considerável retrocesso, uma vez que tal direito pode se tornar obsoleto através de um ato político (KAYSER, 2010, p. 245).

Essa exceção foi obtida, na Constituinte, pela pressão política das forças interessadas na exploração de recursos localizados em terras indígenas. Tais forças defenderam com veemência o ponto de vista de que a nulidade de quaisquer atos referentes à ocupação, apropriação ou em posse poderia causar danos ao desenvolvimento regional ou nacional (KAYSER, 2010, p. 244).

A obrigação de demarcação é outro instrumento que visa garantir os direitos especiais territoriais.

Essa obrigação é relevante apesar do direito à terra indígena independe de qualquer ato governamental de fixação de limites dessa terra. Isso porque a Constituição afirma o reconhecimento dos “direitos originários” dos índios as suas terras. Este direito não é derivado, mas originário, pois já existia antes da

formação do Estado Brasileiro, cabendo a este apenas reconhecê-los.

A demarcação dessas terras, todavia, não constitui um ato que tenha, com respeito aos direitos dos índios à terra, efeito constitutivo. Isso resulta da formulação empregada no caput do art. 231, CF. Ali diz que os direitos originários dos índios as suas terras são reconhecidos. Trata-se, no caso do caput do art. 231, CF, de direitos originários, isto é, de direitos que não são derivados. Esses direitos já existiam antes da formação do Estado Brasileiro. A Constituição não podia criar os direitos já existentes antes da criação do Estado Brasileiro e do Direito Brasileiro, mas unicamente reconhecê-los. Os direitos originários dos índios à terra da qual eles têm tradicionalmente a posse, são, segundo teor da Constituição, em seu sentido e sua finalidade, independentes de quaisquer atos governamentais de fixação de limites dessa terra. A demarcação tem, por isso, apenas uma função declaratória com referência aos direitos dos índios à terra que tradicionalmente é de sua posse (KAYSER, 2010, p. 246).

Com a demarcação territorial há uma proteção efetiva das terras indígenas, pois verificam-se os limites exatos, facilitando a vigilância e evitando possíveis conflitos sobre a posse.

O ADCT fixou, pela segunda vez, um prazo para a conclusão das demarcações de terras indígenas. A primeira vez foi o Estatuto do Índio (EdI), no art. 65, prazo de cinco anos que expirou em 21.12.1978. Todavia, trata-se de prazo que não é peremptório.

Consta ainda, a obrigação geral de proteção aos bens jurídicos indígenas estabelecido no art. 231, §2º da CF quando afirma “proteger e fazer respeitar todos os bens” dos índios.

Essa obrigação possibilita o auxílio de agentes da Polícia Federal, das forças armadas e tropas auxiliares para assegurar a proteção das terras ocupadas pelos índios e pelas comunidades indígenas (KAYSER, 2010, p. 249).

Incluem-se, por óbvio, nesses bens, o direito à terra pertencente aos índios, cabendo à União protegê-la contra a perda, em casos como a de invasão, e proteger o direito ao usufruto exclusivo.

Compete à Funai, de acordo com o art. 35 EdI, a proteção extrajudicial. O apoio da Polícia Federal e das Forças Armadas, bem como de suas tropas auxiliares, pode ser requerido pela Funai para assegurar a proteção das terras ocupadas pelos índios e pelas comunidades indígenas. O Ministério Público Federal tem, necessariamente, a competência de proteção judicial aos índios e, portanto, também a representação judicial dos interesses indígenas em relação à terra. Nesse caso, a competência da jurisprudência cabe à Justiça Federal (KAYSER, 2010, p. 249).

Todavia, há restrições dos direitos de posse e de usufruto dos indígenas em relação às terras tradicionalmente por eles ocupadas, conforme dispõe o art. 231, §2º da CF. Segundo o art. 49, XVI da CF, é competência exclusiva do Congresso Nacional a autorização em terras indígenas para a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos, bem como para a pesquisa e a lavra de riquezas minerais.

Conforme o caput do art. 176 da CF, as jazidas, independentemente de que sejam ou não exploradas, os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedades distintas do solo, sendo, pois, de propriedade da União. Conforme o §1º do art. 176 da CF, a pesquisa e a lavra dos recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica podem ocorrer apenas na existência de razões de interesse nacional, por brasileiros ou empresas brasileiras com capital brasileiro (KAYSER, 2010, p. 205-206).

No entanto, quando essas atividades forem realizadas em terras indígenas, deverá obedecer aos pressupostos especiais que são a autorização do Congresso Nacional, consulta prévia às comunidades indígenas em questão, e – em caso de exploração de recursos – sua participação no produto do garimpo, na forma da lei da União.

Os pressupostos gerais, válidos para as atividades em todas as áreas, estão regulamentados no art. 176, §§ 1º e 3º da CF. De acordo com ele, é preciso que exista um interesse nacional na exploração. As autorizações e

concessões podem ser adjudicadas apenas por um tempo determinado e não são transmissíveis sem a anuência dos órgãos concessionários (KAYSER, 2010, p. 253).¹⁰

Uma interpretação razoável da norma resulta em que a União, pelo caput do art. 231, CF, não deve ser obrigada somente a uma proteção simbólica, verbal ou eventual dos bens indígenas. Ao contrário, a União é obrigada pela Constituição, em razão da constante ameaça a esses bens e da dependência dos índios da ajuda do Estado, a uma proteção abrangente e eficaz dos bens indígenas (KAYSER, 2010, p. 250).

Essas garantias tem o escopo de proteger as terras indígenas das disputas fundiárias.

Garantias infraconstitucionais do direito especial dos índios à terra

A principal norma infraconstitucional indigenista em vigor atualmente é a Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) (BRASIL, 2013m), editado sob a Constituição Federal de 1967, que regula a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas, apesar de diversos dispositivos não terem sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

A não recepção deve-se ao principal objetivo que permeia todo o Estatuto do Índio, qual seja, a integração progressiva e harmoniosamente à comunidade nacional. Deste modo, há uma “reprovação constitucional e política ao Estatuto

10 Diferentemente da postura do Poder Judiciário, quando inova o Ordenamento Jurídico para implementar direitos através de provimentos jurisdicionais, a solução do caso da T.I. Raposa Serra do Sol impôs restrições não previstas na Constituição Federal. Traçou diretrizes sobre questões como a desnecessidade de consulta às comunidades indígenas acerca da instalação de bases militares, unidades e postos militares, expansão estratégica da malha viária, exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico, resguardo dessas riquezas, atuação das forças armadas e da polícia federal na área indígena, tudo a critério do juízo de conveniência e oportunidades das autoridades estatais, como se os povos indígenas não fossem diretamente afetados (SILVEIRA, 2010, p. 196 e 197).

As 19 ressalvas pretensamente procuravam conciliar os interesses indígenas, a defesa nacional e a preservação do meio ambiente. Algumas dessas ressalvas constituem verdadeiros enunciados normativos, todavia contrários aos compromissos internacionais de direitos humanos assumidos pelo Brasil como, por exemplo, à interpretação do direito originário dos índios sobre suas terras tradicionais e o direito de consulta prévia às obras e projetos que possam afetar as populações indígenas (FUNAI, 2012, p. 38).

As condicionantes n. 7, 12 e 13 estabelecem que as terras indígenas poderão ser cortadas por estradas, linhas de transmissão de energia, oleodutos e gasodutos, sem qualquer compensação financeira ou territorial aos povos indígenas que nelas residam. Uma espécie de transferência de território indígena de forma gratuita aos diversos interesses econômicos.

Conforme destaca Sarmiento (2013), foi preponderante o desconhecimento dos ministros da Convenção 169 da OIT, sobre povos indígenas e tribais, que sequer foi citada no decorrer do processo. Assim, tendo em vista a pouca atenção dos agentes jurídicos para a temática indígena, evidente “os riscos da judicialização no campo dos direitos étnicos para indígenas e quilombolas, pelo fato do poder judiciário ainda se encontrar pouco aparelhado para os debates e enfrentamentos que possam ser travados nesse campo” (SARMENTO, 2013).

que reside na previsão contida em diversas passagens sobre o processo civilizatório do índio, que provavelmente mudará suas características étnicas, aproximando-o da sociedade brasileira.” (VILARES, 2009, p. 63).

Essa circunstância exige uma interpretação sistemática entre os instrumentos normativos vigentes.

Nesse sentido, Kayser (2010, p. 292) destaca diversos dispositivos do Estatuto do Índio em contradição com a Constituição Federal: os que tratam da intervenção federal, a definição diferenciada de terra indígena, proteção judicial dos direitos indígenas como incumbência da Funai, dentre outros.

Todavia, existem outros dispositivos que se interpretados sistematicamente conferem amplitude à proteção indígena.

O Estatuto do Índio estabelece, no art. 62, §1º, que a nulidade decorrente do reconhecimento das terras indígenas aplica-se inclusive as “terras que tenham sido desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade e particular” (BRASIL, 2013m).

Tendo em vista o art. 18¹¹, EdI (BRASIL, 2013m)., nenhum negócio jurídico tendente a restringir o pleno exercício da posse direta pela comunidade será admitido.

Igualmente o art. 22, parágrafo único do EdI (BRASIL, 2013m) prevê a inalienabilidade, em consonância com a previsão constitucional, apesar de ser mais abrangente, uma vez que preceitua também a indisponibilidade e a imprescritibilidade.

De fato, de todos os dispositivos, destacam-se aqueles que tratam das terras não tradicionalmente ocupadas pelos índios.

11 Art. 18, EdI “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.” (BRASIL, 2013m)

Preceitua o art. 17, EdI, litteris:

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. (BRASIL, 2013m).

Logo são espécies de terras indígenas as tradicionalmente ocupadas pelos índios, em conformidade com o art. 231 da CF (BRASIL, 2013f), as áreas reservadas e as terras de domínio das comunidades indígenas.

As áreas reservadas aos índios são aquelas adquiridas pela União especialmente para ocupação e utilização desses povos, em casos peculiares como, por exemplo, a insuficiência das terras tradicionalmente ocupadas ou pela necessidade de divisão territorial em razão de conflitos internos, diferenciando-se pelo procedimento de constituição da terra indígena.

As terras reservadas, então, não se confundem com as terras imemorialmente ocupadas pelos índios, ou seja, são distintas das terras tradicionalmente ocupadas, sendo que as áreas reservadas têm a finalidade específica de garantir aos povos indígenas um local para viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais. Entretanto, uma vez destinadas a essa finalidade, sobre elas passarão a incidir as disposições do art. 231, da CF, tal como se se tratasse de um ocupação tradicional. Serão terras indígenas, como quaisquer fins (LIMA, 2011, p.149).

Estes espaços territoriais objetivam garantir ao índio um território adequado para seu desenvolvimento, possibilitando a integridade sociocultural e física das populações indígenas (VILLARES, 2009, p. 179).

Assim, essas áreas podem ser constituídas em terras públicas, desde que afetadas para essa finalidade ou adquiridas pela União. Nesse último caso, será competente a FUNAI para adquirir a área e garantir os direitos indígenas (VILLARES, 2009, p.180).

A aquisição poderá ocorrer através da dispensa licitatória, se a área é a única capaz de atender aos anseios da comunidade (art. 24, X, da Lei 8.112/93) ou por desapropriação por interesse social, onde será paga indenização justa e prévia em dinheiro (art. 5º, XXIV, CF c/c art. 2º, III, da Lei 4.132/62) (LIMA, 2011, p.149).

Foi com base na desapropriação por interesse social que as Áreas Indígenas Karapotó e Tarumã/ Guaratinga foram constituídas (VILLARES, 2009, p. 182).

Villares (2009, p. 183) aponta como outra forma de constituição de terras indígenas, ainda que teórica, a desapropriação por utilidade pública, disciplinada pelo Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.1941. Essa hipótese seria, por exemplo, quando necessitasse reescalonar o território indígena para a construção de obras públicas, se preenchidas as hipóteses admitidas pela Constituição Federal.

Em conformidade com o art. 26, parágrafo único, EdI (BRASIL, 2013m) são três as espécies de área reservada: a reserva indígena, o parque indígena e a colônia agrícola indígena¹².

A reserva indígena está prevista no art. 27, do EdI que assevera: “Art. 27. Reserva indígena é uma área destinada a servir de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência” (BRASIL, 2013h).

Apesar de o legislador ter se utilizado de uma terminologia preconceituosa para definir reserva indígena, trata-se de mecanismo utilizado quando as terras tradicionalmente ocupadas mostram-se indisponíveis ou insuficientes, podendo ser estabelecidas em terras diversas das originalmente ocupadas. Para tanto, é necessário que a comunidade seja consultada quanto a localização dessa área.

Tornou-se comum a utilização da reserva indígena, por ser o tipo de

¹² Art. 26, parágrafo único, EdI “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” (BRASIL, 2013m).

área reservada mais abrangente e acolhedora. Isso porque destina-se a ser um espaço territorial, escolhido pelos próprios índios para o habitat de um grupo, possibilitando sua subsistência.

A aquisição da área passa obrigatoriamente pelo crivo político do Governo, pois é necessário um juízo de aplicação de verbas públicas em determinada aquisição e não outra, mediante a ponderação da urgência e necessidade dos pleitos e do orçamento destinado (VILLARES, 2009, p. 184).

Para Kayser (2010, p. 293) esse dispositivo é inconstitucional, pois presumiria a remoção dos índios de suas terras de origem. Litteris:

Não é compatível com a mesma disposição constitucional o artigo 26 EdI, que prevê a instituição de reservas indígenas em partes do território nacional para a posse pelos índios, já que isto pressupõe, necessariamente, uma remoção de suas terras de origem (KAYSER, 2010, p. 293).

Outra espécie de área reservada é o Parque Indígena, conforme o art. 28, EdI¹³, que constitui área com grandes dimensões onde se assegura a proteção da cultura indígena com a devida assistência econômica, educacional e sanitária prestadas pelos órgãos da União e a preservação da flora, fauna e beleza naturais da região (preservação ambiental). Essa área constitui um “mosaico de culturas indígenas” (VILLARES, 2009, p. 185).

Duas características diferenciam o parque indígena das demais áreas reservadas: o especial interesse na preservação ambiental, e a diversidade de povos indígenas numa mesma circunscrição territorial, mesclando-se diversas culturas e línguas (LIMA, 2011, p.152).

Para fins exemplificativos citam-se o Parque Nacional do Xingu e o Parque Indígena do Aripuanã. O primeiro foi criado antes da edição do Estatuto do Índio pelo Decreto nº 50.455/61 e abriga cerca de 5.500 índios de catorze etnias diferentes numa área com 27 mil quilômetros quadrados. Por sua vez, o

13 Art. 28, EdI – “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” (BRASIL, 2013m).

Parque Indígena do Aripuanã foi criado com base no Estatuto do Índio.

[...] esse tipo pode ser uma solução adequada para a compatibilização da preservação do meio ambiente e da presença indígena em determinadas áreas ambientalmente relevantes. O dispositivo prevê que a União seja também responsável pela preservação da flora, da fauna e das belezas naturais da região (VILLARES, 2009, p. 185).

O Estatuto prevê ainda no art. 29 a colônia agrícola (BRASIL, 2013m).
Leia-se: “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” (BRASIL, 2013m).

Todavia, esse dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois visa a perpetuar a ideia de integração indígena com a submissão dos índios aos povos não-indígenas (LIMA, 2011, p.154).

Há ainda a previsão dos territórios federais indígenas no art. 30 do EdI¹⁴.

Apesar de não existir mais territórios federais, a Constituição Federal prevê a possibilidade de sua criação através da incorporação, subdivisão ou desmembramento dos Estados, desde que aprovado pela população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar (LIMA, 2011, p.155).

Assim, seria possível, para LIMA (2011, p. 155), com algumas ponderações, a criação de território federal indígena, *in verbis*:

É preciso observar que a ideia de um território federal indígena, apesar de parecer interessante, no primeiro momento, teria sérios problemas se aplicada na mesma lógica em que se compreendem os territórios no Brasil, ou seja, misturando população indígena e não indígena, em proporção que pode ser muito desigual.

Villares (2009, p. 186) assevera a dificuldade em compatibilizar uma unidade da federação de grande população indígena e não-indígenas, convivendo sob a ingerência da União e sem autonomia, administrativa ou governamental, ou a autonomia peculiar dos povos indígenas (VILLARES, 2009, p. 186).

¹⁴ Art. 30, EdI – “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” (BRASIL, 2013m).

Todas estas áreas, uma vez ocupadas serão, indistintamente, terras indígenas, sujeitas ao regime jurídico estabelecido na Constituição Federal.¹⁵

Instrumentos internacionais de proteção à territorialidade indígena

Os povos indígenas, como os demais cidadãos, possuem direitos reconhecidos nas declarações de direitos humanos e outros pactos internacionais. Citam-se, dentre estes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Esses documentos internacionais integram o sistema global de direitos humanos (MONTENEGRO, 2013).

Outrossim, o sistema regional de direitos humanos é composto pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

No âmbito regional, sob a coordenação da Organização dos Estados Americanos, os países americanos e as organizações indígenas negociam os últimos acordos para que seja finalizada a Declaração Americana sobre Direitos Indígenas (VILLARES, 2009, p. 50).

Por sua vez, no sistema específico, com normas internacionais direcionadas especificamente aos povos indígenas, está a Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, também denominada de Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Estes documentos estabelece bases para a política indigenista possuindo como diretrizes como a autonomia dos povos indígenas e obrigações estatais para defesa da vida, território, instituições, cultura e saúde (KAYSER, 2010, p. 331).

Apesar da restrita força jurídica Todavia de muitos desses documentos internacionais, eles são relevantes para os povos indígenas por possuírem imensurável força política.

¹⁵ O art. 32, do Estatuto do Índio prevê terras de domínio indígenas, que são adquiridas pelos meios ordinários de aquisição de propriedade, e, portanto, serão de propriedade plena de seus adquirentes (BRASIL, 2013m).

Ao que pese, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, documento elaborado durante a Conferência do Rio de Janeiro de 1992, no Princípio 22, reconheceu os povos indígenas como sujeitos de Direito Internacional, cabendo ao Estado reconhecê-los, litteris:

Os povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável (ONU, 2013).

Destacam-se, nesse estudo, três instrumentos normativos internacionais relevantes para a questão da terra indígena: a Convenção 169 da OIT, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (KAYSER, 2010, p. 324).

A Convenção 169 da OIT sobre os povos nativos e vivendo em tribos independentes foi ratificada pelo Brasil em 25.07.2002. Estabelece diversas obrigações sobre a proteção das terras indígenas como no art. 18 (BRASIL, 2013j), onde os Estados comprometeram-se estabelecer punições adequadas à invasão (medida repressiva) ou ao uso não autorizado da terra indígena e ao mesmo tempo tomar medidas para impedir a punição desses atos (medida preventiva).

Destaca-se outro dispositivo na Convenção 169 OIT, o art. 14¹⁶, que prevê o direito de propriedade dos povos indígenas sobre suas terras (BRASIL, 2013j).

16 Artigo 14, Convenção 169, OIT – “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” (BRASIL, 2013j).

Haveria uma aparente discrepância entre a Convenção 169 e a Constituição Federal de 1988 no que tange a propriedade e posse das terras indígenas.

No entanto, este ponto de vista não se impôs na interpretação da OIT. A interpretação do conceito de 'propriedade' pela OIT partiu do princípio de que, em razão da diversidade do conteúdo preciso de 'propriedade' nos diversos países e nos sistemas jurídicos, não constitui infração à exigência de 'propriedade' no sentido da Convenção 107, se for concedida unicamente uma sólida garantia da posse, ou respectivamente, do direito de uso (KAYSER, 2010, p. 344).

Dalmo Dallari (*apud* Villares, 2009, p. 119) entende que:

E os efeitos de ambos são praticamente os mesmos, pois, se é verdade que pelo fato de não serem proprietários, os índios brasileiros não poderão dispor das terras que tradicionalmente ocupam, é igualmente certo, também, que a União, embora proprietária, não tem o poder de disposição. E os grupos indígenas gozam permanentemente, e com toda a amplitude, dos direitos possessórios sobre essas terras.

O art. 14, parágrafo 3 “regulamenta a obrigação dos Estados-membros de instituir procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional, para decidir sobre as reivindicações relativas à terra formuladas pelos povos em questão.” (KAYSER, 2010, 240).

O art. 14, itens 2 e 3 da Convenção 169 da OIT, veio ampliar e garantir a proteção trazida pelo Estatuto, quando prescreve que 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, além de afirmar que deverão ser instituídos procedimentos adequados, no âmbito do sistema jurídico nacional, para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados (LIMA, 2011, p.94).

A efetivação dessas obrigações exige um considerado aparato técnico e financeiro, além de sobrepor-se a pressão política dos não índios contrários à demarcação da terra. Para tanto, necessário verificar os sistemas de controle.

Os sistemas de controle da Convenção 169 da OIT são: a apresentação anual de um relatório sobre as medidas para realização da Convenção; reclamação encaminhada por associações profissionais de empregados ou de

empregadores; e a possibilidade de um Estado contratante enviar uma queixa sobre a infração cometida por outro Estado.

Quanto ao procedimento de elaboração de relatórios é frequente a indiferença da obrigação de relatar.

O Brasil estava, em 1990, entre os 34 Estados-membros que não apresentaram relatórios para os diferentes acordos aos quais eles aderiram. A não-entrega do relatório coincidiu com o período em que a Comissão recebeu informações segundo as quais 45.000 garimpeiros invadiram o território do Yanomani (KAYSER, 2010, 347).

Por sua vez, as reclamações apresentadas pelas associações profissionais serão comunicadas ao Estado denunciado, facultando-lhe manifestar-se sobre a questão. O Conselho Administrativo da OIT analisará a necessidade de publicação da reclamação e da resposta (arts. 24 e 25 da OIT) (BRASIL, 2013j).

Há também a possibilidade de um Estado-contratante enviar queixa de outro Estado à Repartição Internacional de Trabalho. Preenchidos os pressupostos específicos, uma Comissão de Inquérito poderá ser nomeada para verificar a queixa apresentada e elaborar um relatório. Conforme o resultado desse relatório, o caso poderá ser apresentado à Corte Internacional de Justiça, que após nova investigação, poderá confirmar, alterar ou anular os resultados estabelecidos pela Comissão (arts. 26 a 34).

Todavia, esse procedimento não é comum na práxis da OIT.

As razões para a não-aplicação de processos reclamatórios pelos Estados não são analisadas na literatura; no entanto, podem ser justificadas pela consideração política a Estados amigos, assim como pela ponderação de que, no caso de apresentação de uma reclamação contra outro Estado, o próprio Estado deve contar com a apresentação de reclamações contra ele. (KAYSER, 2010, 348-349).

Observa-se que os mecanismos de controle do cumprimento da Convenção são de fato quase completamente sem efeito, uma vez que os

Estados não exercem essa legitimidade, encaminhando denúncias à OIT e também devido a limitada legitimidade para as reclamações não-estatais, que somente podem ser introduzidas por meio de associações profissionais, aliás nem mesmos os próprios indígenas são legitimados (KAYSER, 2010, 354).

Outro instrumento internacional é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que não faz referência direta às populações indígenas, mas, assegura direitos que podem, na verdade, devem ser aplicados a essas populações (BRASIL, 2013h).

O PIDCP prevê proteção para pessoas pertencentes a minorias étnicas, religiosas e linguísticas. Estabelece o direito de desfrutar de sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião, de não serem privados dos meios de subsistência, a receber igual tratamento e a estarem livres de discriminação, dentre outros (WOLFRUM, 2010, p. 602).

Possui três mecanismos de controle: relatórios dos Estados (art. 40), reclamação dos Estados (art. 41) e o procedimento previsto no protocolo facultativo do PIDCP (BRASIL, 2013g).

Os relatórios sobre as medidas adotadas para efetivar os direitos assegurados no PIDCP são encaminhados, obrigatoriamente, pelos Estados no primeiro ano após a entrada em vigor do PIDCP e, nos demais anos, conforme as exigências da Comissão.

Desde que nenhuma complementação seja exigida ou esperada dos relatórios, a comissão conclui o processo, ou redige um relatório próprio, ou ainda faz observações gerais com base nesses relatórios, que ela envia aos Estados concernidos. Em resposta, os Estados contratantes podem transmitir seu posicionamento à comissão (KAYSER, 2010, 329).

Por sua vez, a reclamação de um Estado-parte contra outro Estado quanto ao não cumprimento das obrigações impostas pelo PIDCP depende da entrega de uma declaração de submissão a esse procedimento (de reclamação

dos Estados). O Brasil não entregou essa declaração de submissão, tendo em vista a facultatividade desse processo.

Há ainda o procedimento previsto no protocolo facultativo do PIDCP, que consiste na competência da comissão para receber reclamações de pessoas isoladas que estão sob a soberania do Estado violador dos direitos assegurados pelo PIDCP. Todavia, é necessário que o país tenha aderido ao protocolo facultativo do PIDCP, o que não fez o Brasil. Assim, não há efeitos jurídicos no Brasil.

Pelo exposto, observa-se que as obrigações assumidas pelo Brasil no PIDCP estão aquém dos direitos assegurados pela Constituição Federal.

Destaca-se também a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) (BRASIL, 2013h), que integra o Sistema Americano dos Direitos Humanos. Dentre as normas internacionais de Direito Internacional Público, esta é a que possui maior significado prático para os povos.

Os Estados membros comprometeram-se a proteger os direitos e liberdades como o respeito à vida, integridade física, psíquica e moral, liberdade e segurança, dentre outras da convenção, assegurando seu poder de domínio sobre as pessoas subordinadas indistintamente, sem considerar raça, cor da pele, sexo, língua, religião, concepção política, status econômico ou qualquer outra condição social.

São três os procedimentos para controle do cumprimento das obrigações do CADH. O primeiro processo é o reclamatório de Estado contra outro Estado. Este processo é facultativo, de modo que depende, para verificação da admissibilidade, da declaração especial de submissão do Estado denunciante e do Estado denunciado reconhecendo esse processo reclamatório (art. 45, CADH) (BRASIL, 2013h).

Outro processo de controle é o processo reclamatório individual, onde qualquer pessoa ou grupo de pessoas ou ainda entidade não governamental reconhecida em pelo menos um Estado-membro da OEA pode denunciar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁷ (CIDH) a violação de direitos da CADH por um Estado-membro. Este processo é obrigatório, sem necessidade da ratificação do respectivo Estado-membro e garantir um direito de petição plenamente eficaz (art. 44, CADH) (BRASIL, 2013h).

Isso porque o Estado que ratificou a Convenção, aceitou “automática e obrigatoriamente a competência da Comissão para examinar essas comunicações, não sendo necessária elaborar qualquer declaração expressa e específica para tal fim” (PIOVESAN, 2006, p. 93).

Outros pressupostos de admissibilidade tanto do processo reclamatório individual, conforme o artigo 44, como do processo reclamatório dos Estados, conforme o art. 45, são, entre outros, o esgotamento dos trâmites legais dentro do Estado, a observância de um prazo de no máximo seis meses entre o conhecimento da decisão conclusiva e a apresentação da reclamação, bem como a ausência de outra litispendência em outros processos internacionais para conciliação da controvérsia, artigo 46, parágrafo 1, letras ‘a’ até ‘c’ da CADH (KAYSER, 2010, p. 358).

Como resultado desses processos poderá ocorrer a conciliação (art. 48, §1, “f”, CADH), onde a CIDH elabora um relatório com os fatos concretos e o acordo de conciliação, que será distribuído aos Estados contratantes da CADH e publicado pelo Secretário Geral da OEA (art. 49) (BRASIL, 2013h).

Caso não ocorra a conciliação, além do relatório elaborado pela Comissão e distribuído aos Estados contratantes da CADH, a CIDH apresentará propostas e recomendações para solução do caso concreto. Se o caso não for solucionado no prazo de três meses, será apresentado à Corte Americana de Justiça para Direitos Humano (BRASIL, 2013i).

17 A principal função da CIDH é a promoção da observância e a proteção dos Direitos Humanos na América. “Para tanto, cabe-lhe fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos, preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários, solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção, e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.” (PIOVESAN, 2006, p. 91)

Do contrário, a Comissão pode, com maioria absoluta, apresentar suas concepções e resultados, e fazer suas recomendações, bem como estabelecer prazos para uma solução. Decorrido o prazo, a Comissão decide, com os votos da maioria absoluta dos membros, se o Estado encontrou medidas apropriadas e se o relatório da comissão será publicado. (KAYSER, 2010, p. 359).

Inclusive a CIDH pode receber e verificar denúncias sobre violação dos direitos ancorados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, conforme dispõe o art. 106 do Estatuto da OEA (KAYSER, 2010, p. 365).

Poderá examinar as comunicações que lhe forem dirigidas e qualquer informação disponível; dirigir-se ao governo de qualquer dos Estados-membros não-partes da Convenção, a fim de obter as informações que considerar pertinentes; e formular-lhes recomendações, quando julgar apropriado, a fim de tornar mais efetiva a observância dos direitos humanos fundamentais (KAYSER, 2010, p. 366).

Todavia, se o caso denunciado não for resolvido no prazo de três meses, contados da data da remessa do relatório ao Estado denunciado, a Comissão encaminhará à Corte Interamericana, órgão jurisdicional do sistema americano.

Verifica-se, portanto, que a CIDH poderá instruir e realizar investigações nos Estados da OEA, mesmo que não sejam membros da CADH ou que não haja denúncia ou reclamação contra um Estado-membro (KAYSER, 2010, 367).

A comissão tem, portanto, - surpreendentemente – com respeito à instrução de um processo contra um Estado que esteja apenas ligado como membro da OEA, competências mais amplas do que contra um Estado que não somente é membro da OEA, mas que, além disso, seja um Estado contratante da CADH (KAYSER, 2010, p. 367).

O CADH prevê também como órgão de fiscalização a Corte Interamericana de Direitos Humanos (arts. 52 ao 69) (BRASIL, 2013h).¹⁸

São pressupostos para a admissibilidade do processo a conclusão do processo em conformidade com as regulamentações dos art. 48 a 50 CADH e a submissão do Estado à competência judicial da Corte reconhecida através de

18 "A Corte possui duas atribuições, quais sejam, a de natureza jurisdicional no que tange a solução de controvérsias acerca da aplicação ou interpretação da Comissão como disputas envolvendo denúncia de que um Estado parte violou a Convenção e as disposições de tratados sobre a proteção de direitos humanos nos Estados Americanos" (PIOVESAN, 2006, p. 99).

uma carta de submissão (KAYSER, 2010, p. 364).¹⁹

Integra também o Sistema Americano dos Direitos Humanos, a Carta Interamericana de Garantias Sociais que contém dispositivos que tratam especificamente da questão indígena estabelecendo no art. 39, *in verbis*:

Nos Estados em que existe o problema das populações indígenas, devem ser tomadas as medidas necessárias para garantir aos índios proteção e apoio, proteger sua vida, sua liberdade e sua propriedade, impedir seu extermínio, protegê-los contra a opressão e a exploração, protegê-los da miséria, e possibilitar-lhes uma educação adequada.

Contudo, esta carta não possui força jurídica, tratando-se de simples declaração de vontade política, padecendo da falta de efetividade normativa.

Domínio e Posse nas Terras Indígenas: categorias jurídicas diferenciadas

Propaga-se nos institutos civilistas que “a propriedade sem posse seria o mesmo que o tesouro sem a chave que o abrisse, a árvore frutífera sem a escada que colhesse seus frutos” (VENOSA, 2006, p. 30). Diferentemente, a posse indígena prevista na Constituição Federal é distinta da propriedade, constituindo uma categoria diferenciada e peculiar.

Domínio das terras indígenas

Apalavra domínio é derivada do latim *dominium*, que significa propriedade, direito de propriedade, e de *dominus*, que significa senhor, proprietário. Significa, em linguagem corrente, propriedade ou direito de propriedade que se tem sobre bens imóveis (SILVA, 2006, p. 497).

Por sua vez, em sentido amplo, exprime diversas espécies de poder ou direito, sobre uma coisa ou pessoa. Nesse sentido, é utilizada para indicar a

¹⁹ “Diversamente do sistema europeu, que assegura o acesso direto de qualquer indivíduo, grupo de indivíduos ou organização não governamental à Corte Europeia (nos termos do art. 34 da Convenção Europeia), no sistema interamericano, apenas a Comissão Interamericana e os Estados partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, não estando prevista a legitimação do indivíduo, nos termos do artigo 61 da Convenção Americana” (PIOVESAN, 2006, p. 96-97).

propriedade de várias coisas móveis, significando, assim, o direito de propriedade ou o direito real em toda a sua compreensão.

Quanto a diferença entre propriedade e domínio, Silva (2006, p. 497) preceitua que estes vocábulos não se confundem porque possuem sentido próprio.

Propriedade é gênero, que compreende o domínio, como espécie, abrangendo toda sorte de dominialidades, de dominação ou de senhoria individual sobre coisas corpóreas ou incorpóreas. É o conjunto de direitos reais e pessoais. Domínio, no entanto, compreende somente os direitos reais, ou seja, o direito de propriedade encarado somente em relação às coisas materiais ou corpóreas (SILVA, 2006, p. 497).

Assim, a palavra domínio se refere comumente às coisas incorpóreas, constituindo a submissão de coisa incorpórea ao poder de seu titular. Por sua vez, propriedade engloba as coisas corpóreas e as incorpóreas.

Contudo, no Direito Romano, as expressões eram sinônimas. Para nosso Código Civil de 1916, também como sinônimas devem ser entendidas (arts. 524, 533, 622, 623, entre outros) (França, 1964:24). Com muita frequência, os juristas empregam as duas palavras para exprimir a mesma coisa, ou como sinônimos (VENOSA, 2006, p. 32).

Assim, utilizando as expressões domínio e propriedade como sinônimas, observa-se o art. 20, XI da CF, onde se lê que “Art. 20, XI - São bens da União: São bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” (BRASIL, 2013F). Essa regulamentação tende a garantir uma maior proteção dos direitos à terra indígena.

Depreende-se que as terras ocupadas pelos índios são de propriedade da União. Todavia, essas terras possuem destinação constitucional estabelecido pelo Constituinte Originário, qual seja, a posse permanente e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais como o solo, os rios e os lagos nelas existentes.

A outorga dessas terras ao domínio da União visa precisamente preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma, quando fala que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma propriedade vinculada ou propriedade

reservada com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela. Por isso, são terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. (SILVA, 2007, p. 856).

Assim, essa medida “evita a captura do Estado por poderes políticos locais e interesses privados de uma minoria em detrimento da proteção de culturas e da existência de pessoas e povos inteiros” (VILLARES, 2009, p. 112).

Em princípio, as propriedades da União podem ser alienadas. Contudo, as terras indígenas possuem cláusula constitucional de inalienabilidade. Isso porque essas terras estão vinculadas ao cumprimento dos direitos indígenas, consagrando uma relação jurídica que possui fonte primária e congênita da posse territorial, destinando à posse permanente e ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (SILVA, 2009, p. 857).

Posse Indígena

A posse da terra indígena é condição *sine qua non* para a sobrevivência dos povos indígenas (GOMES, 2002, p. 365). Carvalho (2008) faz um paralelo com o art. 5º XI (Brasil, 2013f), que trata da inviolabilidade domiciliar, ao considerar que as terras indígenas são o domicílio por direito, a habitação necessária, tendo em vista a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas.

Pode-se então afirmar que as terras indígenas, por natureza constitucional, devem também ter tratamento de asilo inviolável. Daí que se trata de direito fundamental, protegido também pelo princípio do asilo inviolável. Tal dispositivo consiste na proibição de nas terras indígenas terceiros ingressarem sem consentimento do morador, a não ser em condições excepcionais como previsto na lei (CARVALHO, 2008, p. 93).

Essa posse indígena fundada na teoria do indigenato. Sobre o indigenato, Kayser (2010, p. 236) assevera que:

Trata-se aqui de uma noção jurídica luso-brasileira, cuja continuidade deve ser atribuída principalmente ao jurista João Mendes Junior, que foi, no início do século XX, um dos mais notáveis juristas brasileiros a se engajar pelos direitos dos índios. O indigenato inclui o reconheci-

mento da propriedade dos indígenas à terra que se encontra em sua posse. De acordo com essa noção jurídica, os direitos dos índios à terra que eles tradicionalmente habitam são fundamentados pelo fato de que os índios são os 'senhores originários e naturais da terra'. Seus direitos à terra são direitos 'inatos', enquanto que os direitos de outros simplesmente são direitos 'adquiridos'. Como os direitos congênitos dos índios à terra já existiam quando o Estado ainda não existia, o Estado não pode 'conceder' aos índios esses direitos, mas apenas 'reconhecer' sua existência. A Constituição adotou o indigenato de forma apenas modificada, já que ela não reconhece o direito de propriedade dos indígenas, mas apenas o direito de posse permanente à terra, vinculando, ao mesmo tempo, a propriedade à União.

Por sua vez, Silva (2009, p. 859) afirma que:

O indigenato, primariamente estabelecido, tem a *sedum positio*, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do juriconsulto Paulo (Dig. Titul. de *acq vel amittr. possess.*, L. 1), a que se referem Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas o indigenato, além desse *ius possessionis*, tem o *ius possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de abril de 1680 como direito congênito. Só a posse por ocupação está sujeita a legitimação, porque, "como título de aquisição, só pode ter por objeto as coisas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A ocupação é uma *apprehensio rei nullis* ou *rei derelictae* [...], ora, as terras de índios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius* ou *rei derelictae*; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquilo que lhes é congênito e primário", de sorte que em face do Direito Constitucional indigenista, relativamente aos índios com habitação permanente, não há uma simples posse, mas um reconhecido direito originário e preliminarmente reservado a eles.

Depreende-se dessas elucidações que o indigenato constitui o instituto jurídico que concebe o direito à terra indígena como título congênito, que nasce com o próprio índio, reservado aos índios, senhores primários e naturais. Difere da ocupação que é um título adquirido.

Em outras palavras, o indigenato diferencia-se da mera posse e da ocupação. Aquele constitui fonte primária e congênita da posse territorial, enquanto que a ocupação depende de legitimação, é título adquirido (SILVA, 2009, p. 859).

Assim, o art. 231 da CF, ao reconhecer o direito dos índios de terem a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e também os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, consagrou o instituto do indigenato no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo.

Essas considerações, só por si, mostram que a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil. Sua posse extrapola a órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exame, porque nele se consagra a ideia de permanência, essencial à relação do índio com as terras que habitam (SILVA, 2009, p. 860).

Contudo, apesar da teoria do indigenato ter uma aceitação doutrinária e jurisprudencial, o STF no julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol adotou a teoria do fato indígena, defendida pelo Ministro Menezes Direito. Essa teoria considera que a posse indígena deve ser verificada na data da promulgação da Constituição, que consistiria o marco temporal, pois teriam sido garantidos aos indígenas as terras que ocupavam no dia 05 de outubro de 1988, e não as ocupadas em outros períodos posteriores (LIMA, 2011, p. 173).

Quanto às características, a posse indígena tem íntima relação com a sobrevivência física e cultural, permeada pelo conceito de habitat de um povo (LIMA, 2011, p. 137). Do contrário, a posse de natureza civil possui caráter patrimonial, vinculada à ocupação e a exploração da terra.

Assim, a posse indígena não é vista como o poder de fato sobre a coisa, para usar e guardar, com ou sem ânimo de tê-la como própria ou como o fato que possibilita o exercício do direito de propriedade, de modo que sem a posse a coisa não pode ser utilizada (VENOSA, 2006, p. 30).

Realmente, a Constituição Federal utiliza como elemento identificador e delimitador “das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas” os usos, costumes e tradições indígenas (BRASIL, 2013u).

A posse indígena, portanto, se vincula à vivência cultural, às crenças, rituais, aos mortos enterrados e demais traços que caracterizam indiscutivelmente as tradições indígenas, sendo que é exatamente nesse ponto que se distingue da posse civil, que exige a caracterização de um poder de fato sobre a coisa. Em uma comparação talvez imprecisa, é como se a posse da terra, para o índio, também fosse um direito da personalidade, e não um direito patrimonial. (LIMA, 2011, p. 142)

Leite (2004, p. 94) aponta como aspectos diferenciadores da posse indígena, o fato de não ser transformada em propriedade pela prescrição aquisitiva, característica comum a toda posse particular sobre bens públicos e a possibilidade de opor-se à propriedade. “Vale dizer, é uma posse altamente qualificada, pois se opõe de forma absoluta à propriedade de terceiros, desconstituindo-a. Assim se expressa o direito positivo” (LEITE, 2004, p. 94).

Ademais, o fundamento da posse indígena, além da *jus possessionis*, é a *jus possidenti* (posse congênita e primária) (SILVA, 2007, p. 860).

“*Ius possessionis* é o direito fundado no fato da posse, nesse aspecto externo. O possuidor, nesse caso, pode não ser o proprietário, não obstante essa aparência encontre proteção jurídica [...]” A posse merece proteção por si mesma, tornando-se a base de um direito (VENOSA, 2006, p. 31).

Ius possidenti é o direito de posse fundado na propriedade (em algum título: não só a propriedade, mas também outros direitos reais e obrigações com força real). O possuidor tem a posse e também a propriedade. A posse nessa hipótese é o conteúdo ou objeto de um direito, qual seja, o direito de propriedade, o direito real limitado. O titular pode perder a posse e nem por isso deixará sistematicamente de ser proprietário (VENOSA, 2006, p. 31).

Em outras palavras, *ius possidenti* refere-se a faculdade jurídica de possuir e o *ius possessionis* ao fato da posse. “Assim, a posse pode ser

considerada em si mesma, independentemente de título jurídico, ou pode ser examinada como uma das facetas que integram o domínio ou propriedade e os direitos reais limitados” (VENOSA, 2006, p.32).

Configura *ius possidendi* porque seus titulares tem o direito de possuir a coisa, a partir de uma relação jurídica legítima com utilização imediata. (SILVA, 2007, p. 860). Ademais, a posse é imediata decorrendo do usufruto exclusivo garantido pela Constituição Federal.

Pelo exposto, depreende-se que para os povos não-indígenas, a terra é somente uma mercadoria (LIMA, 2011, p.98). Contudo, o direito de posse indígena é um direito coletivo ao habitat necessário à sobrevivência cultural de um povo .

Assim, não há uma posse e um domínio privatista e exclusivo, nos moldes da produção capitalista. Pelo contrário, há uma relação umbilical entre o índio e a sua terra.

DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E A JUDICIALIZAÇÃO

Preceitua o art. 231, *caput* da CF (BRASIL, 2013f) que são reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las. E também o art. 25, Edl, *litteris*:

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, independerá de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República (BRASIL, 2013l).

O escopo da demarcação é assegurar a proteção territorial indígena possibilitando a reprodução da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente ‘reconhecidos’, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente (BRASIL, 2013u).

Depreende-se a demarcação é ato administrativo, constituindo eminentemente um procedimento administrativo e não judicial.

A natureza jurídica do ato de demarcação é declaratória, e não propriamente constitutiva, uma vez que declara uma situação jurídica preexistente. Isso porque os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, posto que é direito mais antigo do que qualquer outro, preponderando “sobre

pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios” (BRASIL, 2013u).

Destaca-se, ainda, como efeito benéfico da demarcação, ainda que acidental, a preservação ambiental, assim como da diversidade biológica e de “[...] todo o conhecimento milenar que os índios detêm sobre plantas e animais, uma vez que os modos de exploração da terra pelos índios são muito menos agressivos que os da agricultura ordinária” (LIMA, 2011, p. 102).

Procedimento Administrativo Demarcatório

Demarcar terra indígena é colocar marcas físicas (artificiais e/ou naturais) para determinar onde é e onde não é área de posse de determinado povo indígena (VILLARES, 2009, p. 125).

Com a demarcação cria-se uma delimitação espacial da área de titularidade indígena, podendo assim, opô-la a terceiro. Há, pois, o estabelecimento de limites físicos.

Na verdade, a demarcação de terras indígenas constitui uma adaptação sociopolítica à realidade brasileira, uma garantia de sobrevivência das relações sociais, da cultura, das tradições e das crenças de cada comunidade.

Sabe-se que o vínculo entre os índios e a terra é fático, de modo que independe do Estado e da legitimação do processo demarcatório, que são criações jurídicas.

Deste modo, “O processo demarcatório simplesmente reconhece formalmente a área de ocupação tradicional indígena, não criando a posse, vínculo material, nem reconhecendo sua existência, vínculo jurídico-constitucional” (VILLARES, 2009, p. 105).

Compete à União identificar, reconhecer e proteger os territórios indígenas.

A importância jurídica desse reconhecimento oficial – que se traduz no decreto presidencial de homologação administrativa da área em questão – reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 2º, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais (VILLARES, 2009, p. 120-121).

Outro escopo da demarcação é a impossibilidade de sobreposição territorial, afastando situações irreversíveis dos impactos de ocupações irregulares.

O art. 67, ADCT (BRASIL, 2013f) delimitou o lapso temporal de cinco anos, a partir da promulgação da Constituição Federal, para a demarcação das terras indígenas. No mesmo sentido, o Estatuto do Índio (BRASIL, 2013m) estabelece no art. 65, que caberia ao Poder Público promover no prazo de cinco anos a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas.

Ocorre que tais prazos não foram cumpridos. Isso não implica na impossibilidade de novas demarcações, uma vez que não se tratam de prazos peremptórios. “Sinalizou simplesmente visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação e, portanto, a realização destes em tempo razoável” (BRASIL, 2013z).

Observa-se que, faticamente, a demarcação de terras indígenas constitui uma política estatal da União para garantir os direitos dos povos indígenas às suas terras.

A demarcação é precipuamente administrativa, uma vez que é através de sua atividade administrativa que o Poder Executivo Federal identifica, declara e demarca as terras indígenas.

O primeiro decreto a tratar sobre o processo administrativo para regularização das terras indígenas foi o Decreto nº. 76.999, de 08.01.1976. A partir de então, “surgiram outros decretos (nº. 88.118/83; nº. 94.945/87) que alteraram esse processo, modificando significativamente suas instâncias de decisão, com a inclusão de outros órgãos governamentais” (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 134).

Atualmente, o Decreto nº 1.775/96 (BRASIL, 2013i) regulamenta o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas. Prevê o exercício do contraditório, tornado o processo administrativo transparente, considerando a análise dos argumentos e da documentação apresentada à FUNAI pelas partes que se sentirem prejudicados.

Entretanto, resulta em extrema morosidade no andamento dos procedimentos, pois amplia o âmbito de interferências de interesses políticos e econômicos, aumentando os obstáculos e as exigências a serem vencidas para a conclusão dos procedimentos

De acordo com a Lei 6.001/73, a demarcação deveria ser procedida por iniciativa e orientação do órgão federal de assistência ao índio.

Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira (BRASIL, 2013u).

Inicia-se com portaria do presidente da FUNAI designando Grupo de Trabalho formado por servidores públicos ou especialistas não integrantes da Administração Pública.

O trabalho desenvolvido por esse grupo, sob a coordenação de antropólogo qualificado, é o estudo antropológico de identificação da terra indígena

utilizando-se de informações históricas, sociológicas, jurídicas, cartográficas, ambientais e fundiárias, analisando a existência ou não de ocupação tradicional da terra indígena.

Este grupo também realiza o levantamento fundiário, que se constitui na análise cartorial dos registros e levantamento físico do tipo de propriedade, posse ou ocupação e seu titular. Há ainda o levantamento das benfeitorias decorrentes da ocupação de boa fé, imprescindível ao pagamento das benfeitorias empreendidas pelos ocupantes, que deverá ser realizado em outra etapa.

Nessa primeira fase (identificação e delimitação da TI), e também em todas as demais fases, é assegurado ao grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, a participação no procedimento (LIMA, 2011, p. 103).

Entidades civis também são convidadas a participar dessa fase (identificação e delimitação da TI), provendo o grupo de mais informações. O processo de delimitação da área a ser demarcada foi definido pela Portaria nº 14, de 09 de janeiro de 2006, expedida pelo Ministério da Justiça, a qual estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o §6º do artigo 1º do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. (LIMA, 2011, p. 103).

Como resultado desse trabalho, apresenta-se o relatório circunstanciado dos trabalhos realizados à FUNAI, que aprovará, rejeitará ou mandará complementá-lo. Se rejeitados, os trabalhos são retomados a fim de complementá-los às exigências legais e antropológicas.

Caso seja aprovado, a próxima etapa é a publicação, em 15 dias, no Diário Oficial do resumo do relatório acompanhado de memorial descritivo e mapa da área. Deverá ser publicado também nos diários oficiais dos Estados onde a área está localizada, bem como afixado nas sedes das Prefeituras Municipais.

Da publicação contam-se noventa dias para precluir o direito de Estados e Municípios em que se localize a terra sob demarcação e demais interessados de apresentar contestações ao procedimento perante o

órgão indigenista. A contestação pode conter todas as provas e alegações jurídicas e de fato, incluindo títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório (VILLARES, 2009, p. 130).

A FUNAI possui o prazo de sessenta dias para apresentar parecer sobre as contestações apresentadas. Admitidos os recursos, “o órgão indigenista poderá rever sua decisão, sanando os vícios do procedimento, ou mesmo mudando seu juízo de aprovação do território e a conclusão da tradicionalidade da terra indígena” (VILLARES, 2009, p. 133). Caso os recursos sejam denegados, o procedimento demarcatório deverá ser encaminhado ao Ministro de Estado da Justiça.

Recebendo o procedimento administrativo, em trinta dias, o Ministro de Estado da Justiça poderá desaprovar a identificação e retornar os autos ao órgão federal de assistência ao índio, decisão que deverá ser fundamentada no não atendimento do disposto no §1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes. Poderá também prescrever todas as diligências necessárias para a regularização de eventuais vícios procedimentais, determinar o esclarecimento de pontos ou acrescentar elementos. As diligências devem ser cumpridas no prazo de noventa dias pelo órgão indigenista (VILLARES, 2009, p. 133).

A decisão do Ministro é ato administrativo vinculado, verificando atendimento ao disposto no art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes (LIMA, 2011, p. 106).

O decreto 1.775/96 também contempla a possibilidade do órgão federal de assistência ao índio, no exercício do poder de polícia previsto no inciso VII do art. 1º da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, disciplinar o ingresso e trânsito de terceiros em áreas em que se constate a presença de índios isolados, bem como tomar as providências necessárias à proteção dos índios (art. 7º) (LIMA, 2011, p. 107).

Essa proteção também foi conferida pela Convenção 169 da OIT que, no art. 17, item 3, consagra a obrigação dos Estados contratantes de impedir que as pessoas alheias aos povos indígenas possam se aproveitar dos costumes ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes.

O art.18 prevê sanções contra a intrusão ou uso não autorizado das terras indígenas por pessoas alheias, adotando medidas para impedir tais infrações (LIMA, 2011, p.107-108).

Após a resolução desses incidentes, portaria do Ministro de Estado da Justiça declarará a terra tradicionalmente ocupada por índios, determinando sua demarcação administrativa.

Contudo, constitui apenas etapa do procedimento, não sendo bastante para reconhecer formalmente o direito à terra dos índios. É necessária, ainda, a demarcação física, com a aferição das coordenadas geográficas e dos marcos descritivos da portaria.

A última etapa constitui a homologação da terra indígena através de decreto presidencial, onde é reconhecida a legalidade de todo procedimento declaratório. Com essa etapa, reconhece-se a nulidade de todos os atos de ocupação, domínio e posse das terras indígenas, extinguindo qualquer título de propriedade sobre a área demarcada.

Posteriormente, conforme o art. 10, §1º, do Decreto nº 1.775/96, as terras devem ser registradas em livro próprio do Serviço de Patrimônio da União e no registro imobiliário da comarca da situação das terras.

Evidencia-se que o procedimento e delimitação das terras indígenas não se esgotam em si mesmo.

Após sua conclusão, devem ser iniciadas as medidas para remoção dos até ocupantes, agora invasores, para a cessação das atividades econômicas desenvolvidas por pessoas estranhas às comunidades e prevenção de que outras sejam iniciadas, bem como para a efetiva reintegração de posse dos territórios indígenas em favor da comunidade. (LIMA, 2011, p. 127).

Se os ocupantes se opuserem à retirada, a União, através da Funai e de seus órgãos auxiliares, notificá-los-á para saírem pacificamente, caso contrário,

utilizará de seu poder de polícia administrativo para fazer respeitar os comandos da lei.

Concomitantemente à retirada deve-se seguir o reassentamento dos ocupantes em propriedades adquiridas para a reforma agrária, para fins de equacionar os conflitos e o problema social, desde que preencham os requisitos legais para serem beneficiários da política de reforma agrária, evitando-se “a usurpação de terras públicas como forma de apropriação de bens” (VILLARES, 2009, p. 134-135).

De fato, a demarcação, ratifica diversas obrigações e prerrogativas da União em relação às terras indígenas como o dever de fiscalizar ilegalidades como uso indevido de riquezas naturais, garimpo, mineração, aproveitamento hidrelétrico dos rios, invasão e arrendamento de terras, dentre outros. Compete a Funai zelar pela integridade da terra indígena.

As benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé são passíveis de indenização.

Entretanto, o Decreto nº 1.775/96 (BRASIL, 2013i) não prevê no procedimento demarcatório a fase de indenização das benfeitorias. Deste modo, não há regulamentação sobre essa matéria.

Contudo, é principalmente nessa fase que o Poder Judiciário costuma interferir no procedimento, negando a validade da norma e do poder e legalidade dos atos da administração, deferindo liminares para que os ocupantes permaneçam na terra indígena até o conhecimento final das ações ajuizadas contra a demarcação. A desocupação não está condicionada ao pagamento da indenização, mas condiciona o pagamento de indenização, se o ocupante for enquadrado nos limites legais. A União, se não indenizar o ocupante após a desocupação, está em mora. Tem, assim, o ocupante, direito de reter a coisa até que seja paga a indenização? Ao que parece não, pois a posse da terra indígena é exclusiva dos índios que a habitam. Tomando conhecimento da demarcação, o ocupante está agindo de má-fé (VILLARES, 2009, p. 140).

Por isso, há dificuldades jurídicas e orçamentárias para efetivar o reconhecimento da terra indígena e o direito do ocupante de receber sua benfeitoria derivada da ocupação de boa fé, pois não há sequer uma definição legal do que seja benfeitoria derivada da ocupação de boa fé (VILLARES, 2009, p. 137).

A carência de recursos materiais e humanos para realizar as demarcações de terras indígenas força a Administração Pública a exercer com totalidade a discricionariedade administrativa, prevendo as demandas e a possibilidade de seu atendimento, inclusive fazendo um juízo de urgência e oportunidade para considerar qual terra deva e possa ser identificada em primeiro lugar. (VILLARES, 2009, p. 128-129).

Pela ausência de regulamentação, o Judiciário, ao ser provocado aplica os institutos de tradição civilista, como propriedade, posse, ocupação, benfeitoria, que não atendem as especificidades da questão indígena.

Judicialização da demarcação das terras indígenas

O art. 5º, inciso XXXV da CF assegura que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2013f). Esse direito constitucional possibilita que o procedimento demarcatório seja questionado judicialmente. De fato, vários processos judiciais acompanham os procedimentos de identificação e demarcação das terras indígenas.

Preceitua o Estatuto do Índio no art. 19, §2º que “Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitória ou à demarcatória” (BRASIL, 2013m).

Observa-se que a lei recusa os interditos proibitórios, tendo em vista a nulidade e a extinção dos títulos e atos de propriedade ou posse (art. 231, §6º da CF) (BRASIL, 2013f).

De outro lado, são admitidas as ações petitórias, como as ações de reivindicação, negatória, confessória e de petição de herança, que possibilitam discutir um direito real, e a ação demarcatória, que constitui uma ação anulatória tendente a anular o procedimento demarcatório por causa de vício formal ou material.

Nesses casos, a competência para processar e julgar é da Justiça Federal (art. 109, XI da CF).

Antes que a demarcação tenha sido definitivamente homologada, não há como recorrer a qualquer das ações petitórias ou declaratórias de nulidade (demarcatória), devido à circunstância jurídica de a demarcação administrativa não ter sido aperfeiçoada completamente. Sem que estivesse terminada a homologação, os processos deveriam ser extintos sem julgamento de mérito, por força do disposto no inc. IV do art. 267 do CPC (VILLARES, 2009, p. 147/148).

Ainda que se admita o ajuizamento de ações petitórias ou demarcatórias, para formação cautelar do processo, presente o *fumus boni iuris*, ou a verossimilhança das alegações e do direito, não poderá conceder liminares que obstem o desenvolvimento do procedimento demarcatório, pela ausência do *periculum in mora*. Isso porque, somente o ato homologatório constituirá ameaça ao direito, uma vez que declarará a nulidade de atos anteriores. “O curso normal do procedimento administrativo não traz resultado imediato algum, sendo simples atos preparatórios para a homologação” (VILLARES, 2009, p. 148).

“Além do mais, haverá sempre o óbice do *periculum in mora inverso*, uma vez que a sobrevivência física e cultural indígena deve se sobrepor a interesses de particulares de se manterem nas áreas a serem demarcadas” (LIMA, 2011, p.116).

Todavia, é comum nas jurisprudências dos Tribunais Regionais Federais, o entendimento de que a vedação imposta pela Lei nº 6.001/73 (BRASIL, 2013m) quanto a utilização de ações possessórias somente é aplicável as terras indígenas

já homologadas, o que possibilita ações tendentes a questionar a demarcação.

O que se vê é que as decisões empreendidas durante o procedimento demarcatório estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, perfazendo diversas decisões judiciais sobre o mesmo procedimento, com razoável chance de sucesso para os aqueles que se colocam contra os direitos à terra indígena.

Ações possessórias, declaratórias, ações populares, ações diretas de inconstitucionalidade, os mandados de segurança, os pedidos de liminares e inúmeros recursos contra os trabalhos de levantamento fundiário realizados pela Funai; contra as portarias do Ministério da Justiça que declaram terras indígenas; contra o Decreto 1.775/96 que estabelece o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas; e, até mesmo, contra a homologação feita pelo Presidente da República, frequentemente impedem a finalização do processo de demarcação da terras indígena, acentuando o clima de insegurança jurídica e fática que afeta os povos indígenas (VILLARES, 2009, p. 144).

Por outro lado, a jurisprudência inadmite, seja por vedação legal ou por impossibilidade formal do pedido, diversas ações ajuizadas, como ação direta de inconstitucionalidade questionando a constitucionalidade de Portaria do Ministro da Justiça, inadmissível por se tratar de ato administrativo de efeito concreto; mandado de segurança questionando a posse de terra indígena, registro público de título aquisitivo de propriedade, desapropriação e pagamentos de benfeitorias ou a declaração de nulidade de ato demarcatório, uma vez que essas matérias exigem dilação probatória; ações possessórias, tendo em vista o disposto no art. 19, §2º EdI (BRASIL, 2013m).

Com efeito, a demarcação das terras indígenas torna-se um procedimento administrativo complexo, devido aos diversos obstáculos em sua tramitação, perpassando por oposições daqueles que se sentem prejudicados, pela dificuldade de definição da área tradicionalmente ocupada, a incompreensão do Poder Judiciário, e até mesmo as peculiaridades da cultura indígena, que considera a terra como parte do próprio povo (LIMA, 2011, p.97).

Assim, o procedimento demarcatório complexifica-se e delonga-se.

Para os povos indígenas, não faz qualquer sentido a divisão de poderes, as decisões conflitantes do Estado brasileiro ou o rito que o processo judicial impõe. Ainda pior é a incompreensão do vai-e-vem das decisões interlocutórias. São decisões tomadas sem sua participação, sem que sejam ouvidos, e incompreensíveis diante de uma realidade que é evidente, a definição dos limites para fazer frente à invasão da terra indígena, o que torna crescente o sentimento de injustiça (VILLARES, 2009, p. 145).

E de fato, é inviável que a demarcação se torne sub judice, aguardando o controle judicial, na grande maioria das vezes em prazo irrazoável, impossibilitando a finalização dos procedimentos demarcatórios, colocando as comunidades indígenas em situação de conflito pela terra (VILLARES, 2009, p. 153).

Demorou diversas décadas até que os povos indígenas encontrassem amparo legal para suas reivindicações. Contudo, um paradoxo é vislumbrado ao perceber que a efetivação desses direitos são interrompidos pelo exercício de outro direito.

O ajuizamento de diversas ações judiciais interrompe a demarcação de terras indígenas, tornando sem eficácia o mandamento constitucional que prescreve à União o dever de demarcar administrativamente as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ameaça de destruição de um povo constitui flagrante violação aos direitos humanos, ao mesmo tempo em que questiona o caráter do Estado brasileiro como Estado pluriétnico, ao não garantir o cumprimento dos princípios constitucionalmente definidos.

Sem dúvida, a Constituição Federal de 1988, como nenhuma outra, tratou com profundidade e extensão os direitos indígenas. Representou uma verdadeira mudança paradigmática, assegurando o direito à diferença, reconhecendo a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e da legitimação processual para sua garantia e efetivação.

Essa mudança possibilitou, ao menos em tese, que as relações entre indígenas e a comunidade nacional ocorressem no plano da horizontalidade, e não mais no plano da verticalidade.

Assim, a Constituição Federal de 1988 marcou o início de uma nova etapa na trajetória histórica dos direitos indígenas, disciplinando, o direito, domínio e posse da terra indígena.

O direito fundamental à terra indígena, reconhecido nacional e internacionalmente, materializa-se na posse dessa terra, que constitui condição *sine qua non* para a sobrevivência dos povos indígenas. Para maior garantia desse direito, à União cabe o domínio das terras indígenas.

Para concretização desse direito, compete à União demarcar as terras dos índios. O escopo da demarcação é assegurar a proteção territorial indígena ao reconhecer a existência e o vínculo jurídico-constitucional.

Há uma crescente judicialização da demarcação das terras indígenas, aumentando a participação do Poder Judiciário no trato de conflitos envolvendo

povos e comunidades indígenas, considerando o direito constitucional da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV da CF).

Assim, vários processos judiciais acompanham os procedimentos de identificação e demarcação das terras indígenas. O procedimento administrativo torna-se complexo, devido aos diversos obstáculos em sua tramitação.

Em muitos casos, o Judiciário se torna responsável pela última garantia da proteção dos direitos étnicos.

Destarte, a Constituição Federal erige um Estado Democrático de Direito, em que o Direito deve atuar como instrumento de justiça na defesa da vida, para promover o respeito mútuo entre grupos e comunidades diferentes.

Não é possível deixar de reconhecer que muitos avanços ocorreram nos últimos anos na questão do reconhecimento territorial indígena. Todavia, apesar do reconhecimento desses direitos, os mecanismos jurídicos são precários para garantir a efetividade e concretização, dada às limitações nos procedimentos.

Observa-se que a participação do Judiciário no desenvolvimento da democracia prepondera na consagração constitucional dos direitos indígenas.

Porém, a garantia da razoável duração do processo não é suficiente. Não há prazos diferenciados para julgar processos peculiares devido a fatores de vulnerabilidade social. Por isso, a atuação do Judiciário torna-se paradoxal, ora como garantidor, ora como ofensor, devido a demora processual na resolução dos conflitos e do desconhecimento sobre os direitos indígenas.

Assim, exige-se um cuidado especial do juiz naqueles processos em que o bem da vida objeto do processo pode tornar-se ineficaz por questões temporais, onde se impõem um procedimento diferenciado a fim de alcançar a solução mais rápida.

São necessários novos instrumentos jurídicos mais ágeis e mais abrangentes, capazes de regular as situações e os fenômenos complexos, a partir da criação de mecanismos alternativos, assentados em ações legislativas rápidas, efetivas e simplificadas, e em instâncias jurisdicionais socialmente mais eficazes, informais e descentralizadas.

Imprescindível a efetivação de medidas que possibilitem a urgente concretização desse direito para que os avanços legais não passem de uma folha de papel.

Chega-se ao final desse trabalho com a certeza de que é necessário avançar no fortalecendo da proteção dos indígenas, para concretizar a democracia participativa no Brasil. Tarefa que também é destinada aos órgãos aplicadores do direito, que precisarão de sensibilidade, vontade de inovação e disposição para refletir e concretizar esses direitos, para que o direito à terra indígena não caia no vazio.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa *et al.* Debate sobre direitos indígenas. *Novos Estudos*, CEBRAP, N.º 69, julho 2004, p. 57-70. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v1/upload/biblioteca_virtual/MONTERO%20et%20al_Direitos%20Indigenas.pdf>. Acesso em 13 jan. 2013.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 01 fev. 2013a.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 01 fev. 2013b.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 01 fev. 2013c.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 01 fev. 2013d.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 01 fev. 2013e.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 fev. 2013f.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em: 01 fev. 2013g.

BRASIL. Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 01 fev. 2013h.

BRASIL. Decreto no 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 01 fev. 2013i.

BRASIL. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 16 jan. 2013j.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 01 fev. 2013l.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 set. 1993. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 01 fev. 2013m.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. Índios. In: _____. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1345-1355.

CARVALHO, Joênia Batista de. Terras Indígenas: a Casa é um asilo inviolável. In: ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* Povos Indígenas e a Lei dos “Branco”: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2008.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. Manual de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2009.

COLAÇO, Thays Luzia. Os novos direitos indígenas. In: WOLKMER, Antonio Carlo; LEITE, José Rubens Morato. Os “novos” direitos no Brasil: naturezas e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 75-97

DUPRAT, Déborah. Terras Indígenas e o Judiciário. Disponível em:<http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf>. Acesso em 12.jan 2013.

FUNAI. Proteção e Promoção dos Direitos dos Povos Indígenas: balanço e perspectivas de uma nova Política Indigenista – PPA 2012-2015. Brasília, 2012

GOMES, Mércio Pereira. A demarcação das terras indígenas. In: ___. O índio na história: o povo Tenetehara em busca da liberdade. Petrópolis: Vozes, 2002.

LEITE, Marcelo Santos. A influência dos grupos de pressão na interpretação constitucional. Revista de Direito Constitucional e internacional, ano 12, nº. 48, jul-set. 2004

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Estatuto do Índio: Lei nº 6001/1973. Salvador: Juspodivm, 2011.

LUCIANO, Gersen dos Santos. O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2006

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. A Presença Indígena na Formação do Brasil. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 12, n°. 46, jan-mar, 2004.

SARMENTO, Daniel. Os direitos étnicos sob perspectiva constitucional. Boletim, Cedes – Centro de Estudos Direito e Sociedade, mar-abr. 2009.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Direito Indígenas, direito coletivo e multiculturalismo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniele; PIOVESAN, Flávia (coord.). Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 27 ed.rev. e atual por Slaibi Filho, Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Direito de Ser Povo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniele; PIOVESAN, Flávia (Coord.) Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direitos reais. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VILAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. Os povos indígenas e transição paradigmática: da integração à interação. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

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

WOLFRUM, Rüdiger. A proteção dos Povos Indígenas no Direito Internacional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniele; PIOVESAN, Flávia (coord.) Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010.

Sobre a Autora

Samara Viana Corrêa

Possui especialização em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016). Graduada em direito pela Universidade Federal do Maranhão (2013). Atualmente é Assessor de Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão.

Índice Remissivo

C

cidadania 9, 10, 16
cidadãos 17, 22, 40
comunidade 12, 16, 20, 23, 28, 34, 35, 37, 39, 56, 61, 67
comunidades 14, 17, 19, 20, 22, 23, 24, 27, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 41, 57, 61, 66, 68
conceito 10, 19, 26, 27, 42, 52
constituições 17, 20, 21, 25, 30
costumes 9, 12, 16, 19, 22, 25, 26, 28, 38, 52, 53, 55, 60, 67
cultura 10, 12, 17, 18, 19, 21, 22, 24, 28, 38, 40, 41, 44, 56, 65
culturais 19, 22, 23, 52
cultural 8, 10, 17, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 28, 50, 52, 53, 54, 57, 64

D

defesa 12, 13, 20, 21, 28, 34, 40, 68
desenvolvimento 9, 31, 36, 41, 52, 64, 68
direito 10, 11, 12, 16, 20, 21, 22, 23, 25, 27, 28, 30, 31, 32, 34, 36, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 59, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 71, 72
direitos 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72

F

fronteiras 13
fundiárias 34, 59

I

igualdade 20, 21, 25, 26
indígena 10, 12, 13, 15, 17, 18, 20, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69
indígenas 2, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72
índio 9, 15, 18, 19, 20, 21, 35, 36, 39, 51, 52, 53, 54, 58, 60, 71
índios 8, 9, 10, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 42, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 56, 57, 60, 61, 62, 67, 74
indivíduos 10, 20, 48

J

jurídico 11, 15, 21, 35, 40, 41, 42, 51, 52, 54, 56, 67

M

multietnicidade 21

O

organização 9, 16, 22, 23, 48, 52, 55, 67

originário 31, 34, 51

P

paradigma 8, 9, 10, 17, 20

pluriétnico 67

política 14, 15, 17, 18, 19, 21, 31, 34, 40, 42, 43, 45, 48, 57, 62

posse 2, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 25, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 35, 37, 38, 41, 42, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 67

povo 22, 28, 52, 54, 56, 65, 67, 71

princípios 67

processo 13, 14, 17, 18, 20, 34, 35, 44, 45, 46, 47, 56, 58, 59, 64, 65, 66, 68

pública 27, 37

públicos 13, 27, 53, 58

R

recursos naturais 15

regulamentação 23, 30, 31, 49, 62, 63

reivindicações 25, 41, 42, 66

S

social 9, 16, 21, 22, 24, 27, 37, 45, 52, 55, 57, 62, 67, 68

sociedade 12, 17, 18, 19, 21, 22, 35

sociojurídico 9

T

teoria 19, 50, 52

terra 8, 10, 14, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 41, 42, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 69

terras 2, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71

titulares 22, 54



AYA EDITORA
2023