

LARYSSA WOLFF DINIZ

DEMORA NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E
PROCESSO DE RETOMADA: DEFINIÇÕES, IMPACTO E
PERSPECTIVAS DE ETNODESENVOLVIMENTO

Bolsista CAPES



UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DESENVOLVIMENTO LOCAL –
MESTRADO ACADÊMICO
CAMPO GRANDE / MS
FEVEREIRO DE 2016

LARYSSA WOLFF DINIZ

**DEMORA NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E
PROCESSO DE RETOMADA: DEFINIÇÕES, IMPACTO E
PERSPECTIVAS DE ETNODESENVOLVIMENTO**

Exame de defesa apresentado à banca examinadora
do Programa de Pós-Graduação em
Desenvolvimento Local – Mestrado Acadêmico,
como requisito para obtenção do título de Mestre em
Desenvolvimento Local, sob orientação do prof. Dr.
Josemar Campos Maciel.

Bolsista CAPES



UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DESENVOLVIMENTO LOCAL –
MESTRADO ACADÊMICO
CAMPO GRANDE / MS
FEVEREIRO DE 2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

Título: DEMORA NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E PROCESSO DE RETOMADA: DEFINIÇÕES, IMPACTO E PERSPECTIVAS DE ETNODESENVOLVIMENTO

Área de Concentração: Desenvolvimento Local em contexto de territorialidade.

Linha de Pesquisa: Desenvolvimento Local, Cultura, Identidade e Diversidade.

Exame de defesa submetido à Comissão Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local – Mestrado Acadêmico – Universidade Católica Dom Bosco, como requisito para obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento Local.

Exame de Defesa aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Orientador – Prof. Dr. Josemar Campos Maciel
Universidade Católica Dom Bosco – UCDB

Prof. Dr. José Manfroí

Prof. Dr. Neimar Machado de Sousa

*Antes de ser concretizada, uma ideia tem uma
estranha semelhança com a utopia. (Jean-Paul
Sartre, 1905-1980)*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me guiar, iluminar e me dar tranquilidade para seguir em frente com os meus objetivos e não desanimar com as dificuldades, bem como pelas pessoas que me fortaleceram durante a trajetória acadêmica que percorri. Em especial, agradeço também:

Ao meu orientador, professor Josemar Campos Maciel, pela relevante assistência na produção deste trabalho.

Ao meu padrinho Pedro Pereira dos Santos, que desde o início me estimulou a escolher temas ligados a direitos humanos, por mais desafiador que o mesmo pudesse parecer num primeiro momento e sempre acreditou em mim.

Agradeço aos meus irmãos, primas e principalmente aos meus padrinhos e pais, que sempre me motivaram, entenderam as minhas faltas e momentos de afastamento e reclusão e me mostraram o quanto era importante estudar, mesmo não tendo eles a mesma oportunidade no passado.

Aos meus familiares, sustentáculo de todos os meus atos, meu porto seguro, minha força, as pessoas que mais amo nessa vida, e que sempre me apoiaram em todas as decisões.

Ao meu namorado, melhor amigo e companheiro de todas as horas, pelo carinho, compreensão, amor e solidariedade, pelos inúmeros momentos de apoio, por ter compreendido a minha ausência e a falta de tempo para dedicar a nós. Apesar dos momentos em que o cansaço e a pressão eram maiores que minha paciência, você permaneceu ao meu lado.

RESUMO

A demora na demarcação das terras indígenas configuram-se violação aos direitos humanos dessas comunidades, impeditiva de seu desenvolvimento social e cultural, merecem respostas pelo ordenamento jurídico e seus operadores em virtude do vínculo existente entre esses territórios e as comunidades que as ocupam. Apesar dessa proteção reconhecida no direito positivo brasileiro, pouco se fez para concretizar o mandamento constitucional. Configurou-se ato ilícito da União, a quem compete o processo demarcatório, pela omissão na adoção das providências de sua competência. O ato ilícito que gera danos a outrem enseja a responsabilidade civil do estado. Dentre os danos às comunidades indígenas estão a fome, alcoolismo, perda da identidade cultural, idioma e costumes, entraves ao etnodesenvolvimento dessas comunidades. Nesse sentido, a conclusão do processo demarcatório e a obrigação de indenizar os danos às comunidades indígenas pela demora nessa ação, seria essencial para restabelecer a qualidade de vida, os costumes, a proteção à cultura e diversidade. Trata-se, portanto, de relevante ferramenta de retomada do etnodesenvolvimento das comunidades indígenas assegurando a manutenção da identidade desses povos e respeitando sua capacidade de se auto-organizar em seu próprio território.

Palavras-chave: 1 Demarcação de terras indígenas. 2 Direitos indígenas. 3 Etnodesenvolvimento. 4 Desenvolvimento local.

ABSTRACT

The delay in the demarcation of indigenous lands are configured violation of human rights of these communities, impeding their social and cultural development, they deserve answers by the legal system and its operators because of the link between those territories and communities that occupy. Despite this protection recognized in Brazilian law, little has been done to implement the constitutional law. It sets up illegal act of the Union, which is responsible for the demarcation process, the failure to adopt the measures within its competence. The illicit act that generates another damage entails the liability of the state. Among the damage to indigenous communities are hunger, alcoholism, loss of cultural identity, language and customs barriers to ethnic development of these communities. In this sense, the completion of the demarcation process and the obligation to indemnify the damages to indigenous communities for the delay in this action, it was essential to restore the quality of life, customs, protection of culture and diversity. It is therefore relevant ethnodevelopment the resumption tool of indigenous communities ensuring the maintenance of the identity of these peoples and respecting their ability to self-organize on its own territory..

Keywords: 1 Demarcation of indigenous lands. 2 Indigenous rights. 3 Ethnodevelopment. 4 Local development.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. AMBIGUIDADE E CONSTRUÇÃO DA VISIBILIDADE DA TERRA INDÍGENA NO CAMPO JURÍDICO BRASILEIRO	13
2.1. CONSTRUÇÃO AMBÍGUA DA VISIBILIDADE.....	18
2.1.1 Ordenações do reino.....	19
2.1.2 Constituição de 1824.....	20
2.1.3 Constituição de 1891.....	21
2.1.4 Constituição de 1934.....	22
2.1.5 Constituição de 1937.....	23
2.1.6 Constituição de 1946.....	23
2.1.7 Constituição de 1967.....	24
2.2. AVANÇOS DECISIVOS: AS TERRAS INDÍGENAS SOB O ÂNGULO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTATUTO DO ÍNDIO	25
2.2.1. Terras Indígenas e a Constituição Federal de 1988.....	26
2.2.1.1. Conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios	27
2.2.1.2. Objeto do direito indígena à terra	28
2.2.1.3. Competência acerca do direito indígena à terra.....	29
2.2.2. Terras indígenas e o Estatuto do Índio	30
2.2.2.1. Do SPI à FUNAI.....	32
2.2.2.2. Hiato entre a constituição, o estatuto, a memória e a possibilidade de prática	
2.3. TERRAS INDÍGENAS E A JURISPRUDÊNCIA DO STF.....	36
3. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E A UNIÃO	39

3.1. PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS	39
3.1.1. Problema da morosidade e dos conflitos.....	41
3.2. DANOS CAUSADOS PELA FALTA DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS	42
4. CONSTRUÇÃO DE UMA PERSPECTIVA DE ETNODESENVOLVIMENTO LOCAL.....	44
4.1. DEMORA NA DEMARCAÇÃO E O IMPACTO NO ETNODESENVOLVIMENTO	48
5. A INDENIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DO ETNODESENVOLVIMENTO.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS	57
ANEXO I - LEVANTAMENTO FOTOGRÁFICO	61
ANEXO II - Tabela: Terras indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul e as etapas do procedimento de demarcação.....	67
ANEXO III – Ementa do Acórdão Comunidade Indígena Panará (KreenAkarore)	70

1. INTRODUÇÃO

Demarcação de terras indígenas é sem dúvida, um dos assuntos mais abordados nos noticiários brasileiros nos últimos tempos. Trata-se de um tema bastante polêmico, haja vista os interesses antagônicos envolvidos: de um lado, os defensores das causas indígenas clamam pela imediata demarcação das terras dos autóctones, invocando o direito humanitário e as normas inseridas no texto constitucional e no ADCT; de outro, defendendo os possuidores das terras invocando o princípio da propriedade, como necessário à ordem econômica consagrada na Constituição Federal, ressaltando que os títulos de aquisição dessas terras devem ser mantidos, em nome da segurança jurídica.

Antes da Constituição Federal de 1988, o Estado defendia a política integracionista, na qual não reconhecia as diferenças entre os povos indígenas e as sociedades socializadas. Pretendia-se que os índios abandonassem seu modo de viver, sua cultura, sua forma de pensar e deixassem toda sua tradição para viverem da mesma maneira que os não índios.

O Brasil é um país de múltiplas territorialidades e também desenvolveu muitas etnicidades. Desde a primeira abordagem e ocupação do solo de seu território de mais de oito milhões de quilômetros quadrados ocorreu, de um lado, a ampliação da variedade étnica pelos povos europeus, africanos e posteriormente asiáticos; e, de outro, uma redução das etnias nativas.

Assim como ocorre com a etnia oriunda do continente africano, a indígena sofre um processo de redução dessa multiplicidade étnica e territorial a um mínimo que um Estado emergente, primeiramente colonial e sucessivamente monárquico e republicano, seja capaz de gerir, com limitados recursos para entender e levar em consideração os distintos interesses e valores culturais.

A história da relação do Estado brasileiro com as diferentes etnicidades e territorialidades é eivada de algumas opções políticas que levam a estratégias muito específicas de homogeneização, para tornar mais fácil reduzir o número de variáveis com as quais os agentes públicos têm interesse em lidar. Assim, enumeram-se, a título de exemplo,

estratégias de dissolução linguística e catequese; de combate aberto a grupos diferentes na forma de criminalização de estratégias reivindicatórias, e outras.

O presente trabalho ambiciona focalizar a estratégia da demora na reação, amparada por um aparelhamento jurídico extremamente bem manipulado. Essa demora atinge, atualmente, diversos lugares do solo brasileiro, afetando sobremaneira o Estado de Mato Grosso do Sul que abriga a segunda população indígena nacional, daí o destaque a ser dado nesta dissertação.

Baseando-se nos preceitos constitucionais, a realidade das nações indígenas atualmente foge do prelecionado na Constituição Federal de 1988. A dita Constituição Cidadã garantiu aos povos indígenas a posse das terras tradicionalmente ocupadas, a partir do seu reconhecimento e demarcação. Atribuiu tal responsabilidade à União, porém, não concedeu a esses povos os instrumentos necessários para compelir esse ente federativo a agir, caso de omitisse.

Torna-se, portanto visível a problemática em questão, haja vista a notória omissão do ente federativo União em demarcar as terras indígenas que são, conforme a Constituição, de sua propriedade. Esse ato historicamente omissivo gera dano tanto às nações indígenas quanto aos proprietários rurais e porque não dizer a terceiros e ao próprio Estado.

As retomadas de terras são grandes ações de lutas movidas pela própria comunidade, além de ser uma vitória contra o latifúndio e a reparação de uma injustiça, é um projeto que demonstra como “produzir para viver” em vez de “viver para produzir”. A vantagem das retomadas para os indígenas está na autoestima, liberdade e dignidade das comunidades e não na acumulação de bens e negócios.

Nesse contexto, insere-se o grupo dos Terena, segunda maior população indígena do Estado de Mato Grosso do Sul, os quais se deparam com a escassez de terras, insuficientes para garantir uma produção capaz de proporcionar a sua própria e autônoma subsistência. Esses grupos são ativos, inteligentes e amáveis, tanto no ambiente familiar como nas relações com os não-índios.

O deslocamento dos Terena para o Estado de Mato Grosso do Sul ocorreu em três momentos diferentes, dividiram-se em três grupos e instalaram-se na região dos Municípios de Aquidauana e Miranda, o terceiro grupo, ao chegar em suas respectivas terras, se

depararam com áreas já habitadas por não-índios que incentivavam a prática laboral transformando as reservas indígenas em depósitos de mão-de-obra para os estabelecimentos agropecuários locais.

Os conflitos territoriais são marcados por violências e os desfechos mostram-se amplamente desfavoráveis aos indígenas, não somente na questão da perda do território como também da própria identidade, quando não de vidas humanas.

As ações de retomadas em posse da etnia Terena influem no Estado de Mato Grosso do Sul, questionando os aspectos da estrutura agrária, o desenvolvimento e a expansão do capitalismo na agricultura, envolvendo formas de organização do trabalho, produção, territorialização e mudança cultural.

Sob tal premissa é importante verificar quais direitos são violados com tal conduta omissiva, bem como os obstáculos impostos ao desenvolvimento local nas áreas em conflito, ou naquelas sobre as quais recaiam dúvidas acerca da propriedade, tais como aquelas reivindicadas pelos Terena, tanto sob o aspecto do desenvolvimento cultural e social dos povos indígenas quanto sob o aspecto dos entraves impostos ao agronegócio em virtude da insegurança jurídica ocasionada pela omissão da União no reconhecimento e demarcação das terras indígenas.

2. AMBIGUIDADE E CONSTRUÇÃO DA VISIBILIDADE DA TERRA INDÍGENA NO CAMPO JURÍDICO BRASILEIRO

As populações indígenas brasileiras historicamente combatidas, exterminadas, expulsas de suas terras ou incorporadas às demais culturas, foram marginalizadas pelos povos ditos civilizados, tanto sob o aspecto territorial quanto cultural, moral e ético. Desse contexto histórico resulta o preconceito e o não reconhecimento de direitos, sobretudo por meio da tentativa de exclusão desses povos do manto protetivo das normas legais contidas no ordenamento jurídico.

O estado brasileiro nas mais diversas formas de governo, de estado, e gradação do regime democrático, sempre adotou a estrutura jurídica da *civil law*, oposta ao *common law*, por basear-se na lei escrita, positivada, e não no costume reiterado como nesse último. Portanto, a lei no estado brasileiro sempre foi escrita, expressa, e com a finalidade de proteger os valores sociais vigentes à época de sua edição.

Por essa razão, via de regra, a análise desses textos legais permitirá contemporizar a visibilidade conferida ao direito indígena no curso da evolução e formação da sociedade brasileira.

As Constituições vigentes no Brasil sempre foram dotadas de supremacia diante dos demais diplomas legais do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, do Direito Indígena Brasileiro. Por isso é necessária a análise, ainda que superficial, das abordagens constitucionais referentes aos índios e sua evolução histórica, especialmente quanto às terras que lhe são de direito.

Entretanto esse enfoque constitucional deve ser examinado criticamente, buscando-se o fundamento da norma inserida nas constituições e o porque de ali constarem. A partir dessa valoração será possível aferir a visibilidade conferida aos direitos indígenas pela sociedade, e, posteriormente, o cenário futuro vislumbrado pelo legislador constituinte originário visto que a constituição, sob a ótica de Konrad Hesse, é também instrumento de mutação social e realização do dever-se desejado pelo constituinte (HESSE, 1991, p. 24).

A justiça, no caso, serve de amparo e fundamento às normas constitucionais explicando o relevo jurídico reconhecido à questão indígena. Porém, nem mesmo a proteção desse bem jurídico – evolutivamente tutelado nas constituições até a de 1988 – tem refletido em transformações concretas na sociedade.

Tais normas deveriam construir a realidade social desejada pelo legislador constituinte originário. Isso porque elas determinaram, a exemplo, a demarcação das terras indígenas além do reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais a esses povos, contudo não provocaram o efeito concreto esperado de efetivamente proteger as áreas a eles pertencentes e tampouco os indivíduos que os compõem.

O conceito de justiça é bastante relativo entre os filósofos, pois não há concordância entre os teóricos, povos e civilizações de qual o definitivo conceito de justiça; sobretudo por tratar-se de valor cultural e reflexo dos valores sociais vigentes, baseado no pensamento da sociedade sobre o bem e o mal, além de um comportamento formal aplicado pelas autoridades constituídas pelo Estado.

Alguns, como Kelsen (2003), partem do princípio de que justiça é aquilo que se deve fazer de acordo com o direito positivo, a razão e a equidade. Para outros, a justiça se traduz em um conceito orgânico, refere-se ao Poder Judicial exercido pelo Estado ao aplicar a pena ou até mesmo o castigo público.

Na obra *Teoria Pura do Direito*, o mencionado filósofo e jurista tentou definir o direito descrevendo-o como uma ciência social e libertando-o de quaisquer laços ideológicos, ou seja, tarefa da ética, ciência que se ocupa de estudar não normas jurídicas, mas sim normas morais, que, portanto, se incumbe da missão de detectar o certo e o errado, o justo e o injusto.

O autor, ainda no início de sua obra, tem o objetivo de construir uma teoria do direito positivo, ou seja, das normas jurídicas postas (existentes), o direito positivo é direito humano, criado por homem e para os homens, é o direito que regula a vida das pessoas, que está nas leis, nos códigos e no cotidiano.

Diante disso, Hans Kelsen separa as ideias de direito e justiça, pois o direito é uma norma imposta pelo Estado e a justiça advém da cultura, crença, comunidade e seus costumes, de forma que nem sempre o que é certo é justo, e vice-versa.

Por esta razão, para Kelsen (1998, p. 29) a Teoria Pura do Direito se propõe a uma análise estrutural de seu objeto, e, portanto, traz de seu interior Justiça, sociologia, origens históricas e ordens sociais determinadas, a ela se defere a tarefa de empreender uma sistematização estrutural do que é jurídico, propriamente dito¹.

Diferentemente de Hans Kelsen, o filósofo Kant prezava o racionalismo dogmático, buscava o equilíbrio entre razão e experiência. Segundo expõe na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant (1986) a distinção entre o homem e os demais seres é a razão.

O filósofo discorre acerca do conceito de moral e introduz ideias como a boa vontade, que se relaciona com a moralidade das condutas, concluindo que somente a vontade humana pode ser boa ou má. Conforme Kant, a simples vontade do sujeito poderia ser suficiente para considerar determinada conduta valorosa.

O autor, em sua obra, ao falar de Física e Ética, parte do conhecimento material, pois considera o objeto e as leis que estão submetidos possuindo partes empíricas e racionais. Ao falar de Lógica, parte do conhecimento formal, que se ocupa do entendimento, da razão e das regras universais do pensar em geral, sem distinção de objetos.

Nessa mesma obra o autor comenta sobre as filosofias naturais, morais e puras. A filosofia natural é regida pelas leis da natureza e pode ser chamada também de teoria da natureza ou metafísica da natureza, sendo guiada pela regra do “ser”, ou seja, as leis naturais não admitem exceções ou falseamento.

A filosofia moral, por sua vez, é também conhecida como metafísica dos costumes, regrada pelo “dever ser”. Estas leis consistem em condutas esperadas, porém não necessariamente obrigatórias, que admitem a hipótese de descumprimento ou relativização; consiste na vontade do homem.

A dicotomia entre o ser e o dever ser, é explorada por Kant, que separa bem o pensamento racional e o empírico.

Segundo Kant a ética é um conjunto de valores para se viver, é um dever que está superior à moral. A teoria desse autor defende que o bem comum e o bem viver trazem benefícios para todos. Kant fala que é necessário ver o ser humano como fim e não como

¹ Kelsen, O que é Justiça! A justiça, o Direito e a política no espelho da ciência, 1998, pp. 29

meio, ou seja, respeitar o ser humano, respeitar o próximo, pois a ética Kantiana analisa o bem universal. A concepção de Kant teve como objetivo purificar a filosofia, reivindicando que a Metafísica não é senão o inventário de tudo que possuímos através da razão pura.

Nesse contexto, a teoria de Kant por elevar a figura do humano dissociando-se da teoria pura de Kelsen, traz relevante elemento de compreensão da concepção hodierna de justiça. Ela não seria uma virtude pessoal iniciada e finalizada no indivíduo, mas, ao contrário, ela se dirige às relações humanas em geral.

No Livro V da Ética a Nicômaco, Aristóteles (1984), trata da *dikayosyne* (justiça) e da *aidikía* (injustiça), dizendo que nas pessoas, a primeira é a “disposição da alma que graças à qual elas dispõem a fazer o que é justo, a agir justamente e a desejar o que é justo; de maneira idêntica, diz-se que a injustiça é a disposição da alma de graças à qual elas agem injustamente e desejam o que é injusto”. (ARISTÓTELES, 1996, p. 193)

Tais conceitos extrapolam o entendimento de que justa seria a conduta em conformidade com a lei. Historicamente, atos atentatórios aos direitos humanos foram realizados, como o extermínio de populações, separação racial, negação de direitos em razão da cor, raça, credo ou opção sexual e vários deles encontraram amparo nas normas legais produzidas pelos estados.

Nessas situações as normas positivadas não refletiam os padrões sociais para o conceito de justiça. Daí surge a ideia de Roberto Lyra Filho Junior (2008), denominando-lhe “Direito Achado Na Rua”. Segundo o autor, não é o estado a origem do direito, em verdade, ele realizaria somente a declaração do direito, tornando-o expresso, positivo.

Dentro desse conceito o direito também não se esgotaria nas disposições legais escritas produzidas pelo estado, continuaria a existir direito além da lei, fora da lei, e até mesmo contra a lei. Portanto, a teoria do mencionado autor afirma existência do direito em outros espaços sociais.

O direito achado na rua implica na conclusão de que a rua é o espaço de organização dos movimentos sociais populares, que trazem a demanda desse “direito a ter direitos” e que fala uma outra linguagem através da qual a clássica aspiração da justiça social é demandada. A rua é entendida como o espaço público, ou seja, o espaço aonde se tem direito a formação

de opinião, livre debate e a livre expedição de identidade que são formadas no interior das desigualdades dessa sociedade.

Esses ideais podem ser contextualizados com o direito indígena brasileiro ao longo de sua evolução, isso porque o fato de o direito positivo não ter conferido direitos fundamentais a esses povos – ou quando o fez, não ter sido implementado pela realidade social – não lhes retiraram o status de humanos, merecedores da proteção legal e estatal.

Por fim, a teoria aprofundada pelo jurista brasileiro Miguel Reale, (2003) denominada teoria tridimensional do direito, auxilia na compreensão dos conceitos de direito, realidade social, justiça, e a ligação entre tais aspectos primordiais. O primeiro referir-se-ia ao aspecto normativo, o direito positivo; o segundo, o fático, a realidade social encontrada; por fim, o axiológico correlacionar-se-ia com os valores sociais desejados pela sociedade, um deles, a justiça.

O artigo 5º da Constituição Federal trata das garantias e direitos fundamentais de cada cidadão, sendo um dos mais polêmicos e importantes o princípio da igualdade, pois garante que todos são iguais perante a lei e não deve ocorrer discriminação de qualquer tipo, no *caput* do art. 5º da Constituição Federal segundo o qual:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)²

Boaventura de Sousa Santos ao discorrer sobre a construção multicultural da igualdade e da diferença, faz sensível leitura acerca do princípio da isonomia acima reproduzido, segundo o autor “temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza.” (SANTOS, 1999).

Direito e justiça são palavras que trazem complexos e distintos significados. No entanto, é muito fácil entendê-las e assimilar o seu significado, pois, desde a mais tenra idade, as pessoas sabem o que lhe pertence e sabem defendê-lo com unhas e dentes da ação das outras crianças ou adultos que se aventuram a tomar para si o referido bem.

² BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Acessado em <www.planalto.gov.br>, em 20/08/2015, às 10h30min. “Passim”.

À medida que crescemos e aprendemos o significado de direito como um conjunto de normas da vida social, também desenvolvemos a noção de que justiça, dentre outros significados, tem o sentido de uma norma cumprida, observada e respeitada.

Fazer justiça é, enfim, respeitar o direito e abster-se de qualquer ação que perturbe o equilíbrio social advindo do respeito das leis por cada um de nós. Nesse contexto é que devem ser vistas e analisadas as construções ambíguas da visibilidade das questões indígenas, sob a ótica da maior ou menor proteção pelo direito positivo.

2.1.CONSTRUÇÃO AMBÍGUA DA VISIBILIDADE

O índio, e, por consequência, suas comunidades e organizações, apesar de seu processo histórico, cultura e capacidade de auto-organização, são tratados a partir de uma perspectiva de inferioridade, conhecidos como relativamente incapazes.

Em razão de serem assim considerados, os índios foram tratados pelo ordenamento jurídico brasileiro como merecedores de um regime especial de proteção. Por um equívoco histórico essa tutela imposta pelo estado, exclusivamente à prática dos atos da vida civil, foi confundida com incapacidade absoluta de se auto-organizar como coletividade, gerenciar a própria vida e interesses.

O CC de 1916 previu em seu art. 6º, inciso III que os indígenas, ainda nomeados como silvícolas, seriam relativamente incapazes a certos atos da vida civil e no parágrafo único dizia que ficariam eles sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos, o qual cessaria à medida que fossem se adaptando à civilização do país.

O mal-entendido ou a má-fé confundiu a “tutela-incapacidade” com a “tutela-proteção” de tal sorte que todos os índios passaram a ser tratados como absolutamente incapazes. Esse regime tutelar, que os estereotipou como incapazes, só cessaria após a incorporação dos índios à sociedade dita civilizada.

O Código Civil vigente (Lei n. 10.406/2002) não trata mais os índios como incapazes. Em seu art. 4º, parágrafo único remete a capacidade indígena à legislação especial regular. A nova concepção constitucional supera totalmente o entendimento de que os índios são

relativamente incapazes para a realização de atos da vida civil. No entanto, em face da reconhecida diversidade cultural, exige que seja dada proteção especial aos seus direitos.

Nesse sentido o ordenamento jurídico positivo demonstra, como fonte histórica, o modo por meio do qual se deu a construção da visibilidade indígena diante dos não índios. Isso porque se percebe de início o completo silêncio das leis sobre os povos nativos do território e, em seguida, a expressa normatização que conferiu diversos status aos índios ao longo do tempo, o que se revela por meio da análise legislativa histórica iniciando-se nas ordenações do reino até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

2.1.1 Ordenações do Reino

Conforme aponta Trípoli (1936) em razão do direito de conquista, a legislação que vigorou no Brasil durante a época colonial era constituída de direito comum, o direito colonial português e legislação emanada do Brasil, ou direito local.

Tendo em vista a ausência de normas correspondentes e peculiares à vida colonial, o direito comum português era constituído das Ordenações do Reino e leis extravagantes que foram promulgadas para completá-las ou reformá-las.

As Ordenações do Reino surgiram da necessidade de consolidar as normas do reino de Portugal, servindo para a centralização do Poder na figura do rei. Durante o período colonial, vigorou em Portugal, diversas legislações de direito comum, quais sejam, respectivamente, Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas.

O direito colonial português tratava de normas que, de um lado era um complemento das instituições metropolitanas similares e, de outro, cuidava de matérias com caráter de originalidade. A legislação que emanava no Brasil, dizendo-se assim direito local, tinha caráter originário e era decretado pelos órgãos competentes.

Nesse período não se tem notícias de atos normativos de proteção aos povos indígenas brasileiros, em verdade, ao assegurar o direito de conquista no ambiente de colonização e ocupação de terras brasileiras, o ordenamento permitia a figura dos povos conquistados; vigia, portanto, a completa negação de direitos a esses povos.

2.1.2 Constituição de 1824

Após a Independência do Brasil, foi outorgada a primeira Constituição Brasileira, conhecida como Constituição do Império ou Constituição de 1824. Em seu art. 6º, estava contida a seguinte disposição (a grafia original está preservada):

Art. 6. São Cidadãos Brasileiros

I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.

II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os illegitimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio.

III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil.

IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia.

V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação.

Posto isto, vislumbra-se que a Constituição em análise não contemplou diretamente os povos indígenas na qualidade de cidadãos brasileiros. Além do mais, ao longo de seus artigos nada dispôs sobre os índios ou os seus direitos.

Assim, como bem reflete Santos Filho (2005), os índios ficavam sujeitos ao disposto na legislação infraconstitucional. Segundo o mesmo autor, pelo Ato Adicional à Constituição do Império de 1832, foi previsto que caberia às Assembleias Gerais e ao Governo a catequização e civilização dos índios brasileiros, que, assim, se submetiam aos órgãos gerais e locais do poder público.

No Período Imperial, ainda na vigência da Constituição de 1824, a lei que mais se destacou por tratar do direito indígena à terra foi a de nº 601/1850, denominada Lei das Terras. Referida lei dispunha que os ocupantes primários das terras podiam legitimar suas

posses, caso em que não seriam consideradas devolutas. Já as terras devolutas, aí incluídas as não legitimadas, o Império estava autorizado a vendê-las, sendo este o único modo de aquisição de referidas terras. Ainda, o art. 12 da mesma lei determinava que o Governo reservaria parte das terras devolutas para a colonização dos indígenas.

Cruvinel & Almeida (2001) referem-se à Lei 601/1850 como a mais determinante na política indigenista do Brasil Império. Atestam ainda que o Decreto 1.318/1854, feito para regulamentar a lei supramencionada, especialmente no que tangia à reserva de terras devolutas para a colonização e aldeamento de indígenas nos distritos, não solucionou o problema de sobreposição de terras indígenas.

Em síntese, o que pode extrair-se da legislação infraconstitucional vigorada durante a Constituição de 1824, especialmente a Lei das Terras, é que as terras destinadas aos indígenas foram enquadradas como devolutas.

2.1.3 Constituição de 1891

Em 15 de novembro de 1889 ocorreu a Proclamação da República, vindo em 1891 a ser promulgada a primeira Constituição republicana. Destaca-se como uma das maiores características dessa Constituição, com influência norte-americana e de Ruy Barbosa, a inserção do federalismo, passando o país a ser uma República Federativa, composta por entes federados. Ainda, destaca-se a tripartição e independência dos poderes, não mais sujeitos ao poder moderador, também implementada pela Constituição de 1891.

Pela Constituição em análise, determinou-se que ficavam transferidas as terras devolutas para os Estados federados, ficando com a União as terras necessárias à defesa das fronteiras das fortificações e demais construções militares, além do necessário para construção de ferrovias.

Durante a vigência da Constituição de 1891, conforme Cruvinel & Almeida (2001), em 1908, o Brasil foi, pela primeira vez, formalmente acusado por massacre de índios, por conta de extermínios encabeçados pela expropriação de territórios indígenas no avanço da colonização da bacia do Paraná o que culminou com a edição do Decreto 8.072/1910 que criava o Serviço de Proteção dos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais.

Para Souza Filho (1998) o escopo da referida lei não era outro senão a integração dos povos indígenas, e, em longo prazo, verdadeiramente, acabar com as culturas indígenas, assimilando-as à cultura nacional numa incessante busca de transformar os índios em cidadãos, acabando assim com a categoria de “povos indígenas”.

A supramencionada lei previa a demarcação das terras e usufruto exclusivo pelos índios; determinava meios mais eficazes para evitar que os não índios invadissem terras de índios, e vice-versa; valorizava o respeito à organização interna das tribos, seus hábitos, instituições e a promoção da restituição das terras monopolizadas.

Ainda, por fim, insta frisar, durante a Constituição Republicana de 1891, a grande repercussão que o Código Civil de 1916 causou, ao determinar que os índios seriam relativamente incapazes para a prática dos atos da vida civil.

2.1.4 Constituição de 1934

Em 16 de julho de 1934, foi promulgada a terceira Constituição do Brasil, a qual, pela primeira vez, assegurou os direitos e a posse dos territórios dos povos indígenas, atribuindo à União a responsabilidade pela ascensão da política indigenista.

A Constituição de 1934 ficou marcada na história brasileira pela introdução de uma ordem econômica e social inédita no país. Tal Constituição acabou descentralizando o Poder Legislativo, dando grande autonomia aos estados federados e trazendo para a União a competência legislativa acerca das terras silvícolas.

Dois dispositivos da Constituição de 1934 merecem destaque, quais sejam:

Art. 5º. Compete privativamente à União:

XIX – legislar sobre:

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Veja-se que o art. 129 supratranscrito determina natureza de posse permanente e inalienabilidade das terras indígenas. Acerca do mesmo, Freitas Junior afirma:

[...] o pressuposto da localização permanente utilizado para determinar a existência da posse indígena parece referir-se a uma posse imemorial dos índios sobre as terras que se pretendem suas. Não havia uma compreensão de terra indígena como um habitat cultural de um povo. [...] O gravame da inalienabilidade em relação às terras indígenas correspondeu a uma proteção adicional concedida aos interesses dos índios. Considerando as terras indígenas inalienáveis, proibindo, inclusive, os próprios índios de aliená-las ou transferi-las, a Constituição de 1934 restringia o tratamento depredatório e negociatista dado àquelas terras, dificultando as freqüentes espoliações aos direitos dos indígenas³.

Assim, a Constituição de 1934 teve importante função no direito indígena, especialmente no que concerne ao direito à terra, ganhando o assunto maior relevância constitucional.

2.1.5 Constituição de 1937

Com a instauração do Estado Novo por Getúlio Vargas, uma nova Constituição é outorgada, mas não traz inovações no concernente ao direito indígena à terra, conservando quase por inteiro, em seu art. 154, a disposição contida no art. 129 da Constituição de 1934.

Entretanto, como bem ensina Freitas Junior (2010), a Carta Constitucional de 1937 supriu o artigo que previa a competência da União para legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional, o que estava diretamente relacionado com a estrutura autoritária de poder promovido pelo Estado Novo, em que o governo tudo podia, ainda que sem o respaldo da vontade popular.

2.1.6 Constituição de 1946

Em 1946, foi promulgada uma nova Constituição, a qual repetia, em seu art. 216, a disposição concernente ao direito indígena a terra, contida nas Constituições de 1934 e 1937. Vejamos:

³ FREITAS JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente Ocupadas pelo Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como um Direito Constitucional Fundamental** – Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). 2010. P. 83.

Art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

A inovação dessa Constituição se deu no que se refere ao dispositivo contido no art. 5º, V, “r”, o qual dispunha sobre a incorporação dos índios à comunhão nacional. Veja-se que no art. 5º está escrito: “Compete à União: V – legislar sobre: r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

Acerca da configuração do direito dos índios sobre a posse permanente das terras, frise-se que tal configuração era entendida como um pressuposto do passado, ou seja, deveria haver a presunção da ocupação dos indígenas sobre as terras desde os tempos primeiros.

2.1.7 Constituição de 1967

Após o Golpe Militar de 64, foi outorgada a Carta Constitucional de 1967, a qual trouxe significativa transformação quanto ao direito dos indígenas, especialmente no que concerne a terra. Segundo o art. 4º, IV, incluíam-se entre os bens da União as terras ocupadas pelos silvícolas. Ainda, caberia à União legislar, conforme alínea “o” do inciso XVII do art. 5º, acerca da “nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;”. O art. 186, entretanto, foi o que mereceu maior destaque, pois, dispunha:

Art. 186. É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes.

Assim, a Constituição Federal de 1967, ao atribuir a propriedade dos bens possuídos pelos indígenas à União, protegeu que referidas terras fossem vendidas ou loteadas, garantindo uma estrutura física e permanente para as sociedades indígenas.

Como se vê, a Carta Constitucional de 1967 trouxe enorme avanço aos direitos indígenas, especialmente ao assegurar o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes em suas terras.

2.2. AVANÇOS DECISIVOS: AS TERRAS INDÍGENAS SOB O ÂNGULO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTATUTO DO ÍNDIO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Estatuto resgatam a história anterior e a fazem avançar. Inicialmente, há de se ressaltar que, apesar da atual Constituição ter surgido nesse contexto de consolidação da dignidade da pessoa humana, Araújo (2006, p. 38) lembra que a conquista dos dispositivos constitucionais referentes ao direito indígena não se deu de forma simples, sendo, na realidade, resultado de uma intensa mobilização dos indígenas brasileiros e setores da sociedade civil⁴.

Apesar do relevante progresso, a Constituição Federal de 1988 não atingiu a proteção e satisfação esperada, vez que cedeu às pressões de elites economicamente interessadas na exploração de terras habitadas por indígenas. Assim, previu algumas exceções às garantias do direito indígena, embora tenha indicado um conteúdo mínimo de preceitos capazes de assegurar às comunidades indígenas uma existência mais digna. Nesse sentido, expõe Vilas Boas (2012, p. 71):

Evidente que a nossa Constituição não esgotou todo o conteúdo dos direitos a que fazem jus os povos indígenas, mas é indiscutível ter sinalizado de forma salutar um conteúdo mínimo necessário, para que a partir deles viesse o reconhecimento de outros direitos que direta ou indiretamente decorram daqueles expressamente previstos nos arts. 231 e 232⁵.

Verifica Barreto (2005, p. 104) que a Constituição vigente revolucionou a relação entre povos indígenas, Estado e sociedade⁶, reconhecendo, em seu artigo 231, os direitos acerca da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições daqueles povos, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, impondo a União o dever de demarcá-las, protegê-las e respeitá-las, juntamente com todos os seus bens.

A Constituição Federal de 1998 trouxe enorme avanço ao direito indígena, principalmente no que concerne às terras habitadas por indígenas. Nesse sentido, Silva (2011, p. 855) assim afirma:

⁴ ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**. 2006. p.38.

⁵ VILAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. **Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática**. 2012.p.71

⁶ BARRETO, Herlder Girão. **Direitos Indígenas:vetoires constitucionais**. 2005. p.104.

É inegável, contudo, que ela deu um largo passo à frente na questão indígena, com vários dispositivos referentes aos índios, nos quais dispõe sobre a propriedade das terras ocupadas pelos índios, a competência da União para legislar sobre populações indígenas, autorização congressional para mineração em terras indígenas, relações das comunidades indígenas com suas terras, preservação de suas línguas, usos, costumes e tradições. Os arts. 231 e 232 é que estabelecem as bases dos direitos dos índios⁷.

Entretanto, a legislação extravagante, embora tenha tido relevantes inovações, não sofreu grande impacto com o advento da atual Constituição. Na realidade alguns dispositivos de leis infraconstitucionais passaram a ser previstos na Constituição Federal de 1988, ganhando, assim, status constitucional.

Não obstante, as decisões jurisprudenciais, sobretudo as do Supremo Tribunal Federal (STF), também vêm tendo importante função no que diz respeito ao direito indígena à terra, exercendo e auxiliando ostensivamente o que prevê as normas brasileiras acerca do assunto abordado.

Frise-se que a Constituição Federal de 1988 passou a reconhecer, efetivamente, os povos indígenas como realidade culturalmente diferente, possuidora de forma própria de organização e desenvolvimento, merecedora de tratamento diferenciado pelo Estado.

Na realidade, ocorre que os indígenas, diferentemente da sociedade comum, vêm a terra como mais do que o espaço físico que habitam, revelando-se em elemento de sua espiritualidade, onde repousam seus ancestrais e se assentam suas crenças. É uma relação de reciprocidade, em que o índio vendo-se como parte integrante da natureza e da terra, faz desta, elemento essencial para sua própria existência.

Os direitos territoriais dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam tratam-se de um requisito para que os mesmos possam exercer seus direitos à diferença cultural e identidade étnica, entre outros.

2.2.1. Terras Indígenas e a Constituição Federal de 1988

Em grande avanço, a Constituição Federal de 1988 não traz apenas uma ampliação do direito indígena, especialmente no que concerne às terras tradicionalmente ocupadas pelos

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional**. 2011. p.855.

indígenas, mas, também, apresenta conceitos que simplificam o entendimento dos preceitos constitucionais, proporcionando uma melhor aplicabilidade de tais dispositivos.

No artigo 231 da Constituição Federal, asseguram-se aos povos indígenas, entre outros direitos, aqueles originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Freitas Júnior (2010) expõe que o artigo supracitado revela os dois pressupostos constitucionais que configuram e dão conteúdo aos direitos dos povos indígenas a terra, quais sejam: a originariedade dos direitos, quando se fala em “direitos originários”; e, a tradicionalidade da ocupação, quando menciona “terras que tradicionalmente ocupam”. O primeiro é o pressuposto constitucional que legitima os direitos indígenas à terra; o segundo é o pressuposto por meio do qual tais direitos se revelam.

Frise-se, entretanto, que, embora a originariedade desses direitos foi reconhecida com a Constituição Federal de 1988, tais direitos são congênitos e anteriores à formação do próprio Estado brasileiro, já que os índios habitavam o território nacional muito antes da chegada dos colonizadores.

2.2.1.1. Conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios

Acerca do conceito de terra indígena Silva (2004, p. 150) apresenta o contexto histórico do termo, tecendo as seguintes considerações:

É de se recordar que a utilização do termo terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não surgiu de uma consciência pacífica, mas sim de uma solução de compromisso de ordem semântica e retórica nascida do embate político entre constituintes, populações indígenas, ONGs e interesses anti-indígenas, quando da discussão da elaboração do capítulo referente aos índios. Inicialmente, os defensores de interesses que denominamos pró-índios, queriam que a redação fosse: terras ocupadas pelos índios, enquanto os anti-indígenas propunham o termo terras permanentemente ocupadas, o que excluiria parcela significativa de povos indígenas do tratamento diferenciado proposto na Constituição, daí surgia a proposição conciliatória que foi o termo, tradicionalmente ocupadas⁸.

⁸ SILVA, Lásaro Moreira da. **O Reconhecimento dos Direitos Originários dos Índios sobre suas Terras Tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a Extensão do Conceito de Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas**. Revista Jurídica Unigran, Dourados, v.6, n.6, n.11, p.150, jan./jul. 2004..

O § 1º do art. 231 da Constituição Federal apresenta o conceito vigente de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, que, segundo Gallois (2009, p. 1), consagrou o princípio de que aqueles são os primeiros e naturais senhores da terra⁹. Dispõe o dispositivo:

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

Assim, para Silva (2004) para haver a caracterização das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios é necessário que as mesmas sejam habitadas pela comunidade em caráter permanente, ou seja, tenham vestígios de sua ocupação permanente em um passado vivo e palpitante, capaz de ser reconstituído pela história oral, pelo modo de ocupação ou por rastros de sua presença na área.

Para complementar referida caracterização, Barbosa (2001, p. 94) expõe outros três pressupostos¹⁰, que também são necessários para a configuração, quais sejam: as atividades produtivas das comunidades, com o fim de produzir e obter os elementos necessários para a sua subsistência; preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos povos indígenas; e, reprodução física e cultural das comunidades, pois devem abranger um espaço suficiente a permitir o desenvolvimento da população indígena, tanto em um sentido demográfico quanto em um sentido cultural.

2.2.1.2. Objeto do direito indígena à terra

O § 2º do art. 231 da Constituição Federal apresenta o objeto do direito indígena à terra, quando assegura, aos povos indígenas, os direitos de posse permanente e usufruto exclusivo sobre o solo, rios e lagos existentes nas terras em que tradicionalmente ocupam, pois, é o que garante meios para sua autossustentação física, cultural e econômica, mediante a exploração dos recursos ambientais de seus territórios.

Não obstante, o § 4º do art. 231 determina que os direitos sobre as terras indígenas são imprescritíveis, sendo tais terras inalienáveis e indisponíveis, constituindo-se em uma garantia

⁹ GALLOIS, Dominique Tilkin. **O que são Terras Indígenas**. 2009.p.1.

¹⁰ BARBOSA, Marco Antônio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. 2001.p.94.

aos direitos territoriais, em virtude dessa propriedade ser vinculada à União. Sendo assim, as terras indígenas não podem ser vendidas, usucapidas, doadas, permutadas, tampouco utilizadas como garantias de crédito.

Ainda, conforme § 3º, é assegurada aos povos indígenas a participação nos resultados da lavra das riquezas minerais, na forma da lei, quando exploradas em terras indígenas mediante autorização do Congresso Nacional e manifestação das comunidades afetadas.

Também no art. 231 da Constituição Federal, os §§ 5º e 6º protegem os direitos dos indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, vedando, em regra, a remoção das comunidades indígenas e declarando nulos e extintos, em regra, os atos de ocupação, domínio e posse das referidas terras.

Essa previsão constitucional recebeu guarida em âmbito internacional por meio da Convenção nº 169 da OIT que também torna medida de exceção o traslado dos povos indígenas de seus territórios:

Artigo 16

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

A razão de ser de tais normas constitucionais e internacionais é precisamente salvaguardar a intrínseca relação dos povos indígenas com as terras ocupadas e a dependência do seu modo de vida e cultura aos espaços tradicionalmente ocupados.

2.2.1.3. Competência acerca do direito indígena à terra

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 22, XIV, determinou que à União cabe, privativamente, legislar sobre populações indígenas. Ainda, na mesma linha do que vinham dispondo as constituições anteriores, definiu, em seu art. 20, que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constituem-se em bens da União, devendo esta, conforme art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, demarcá-las no prazo de cinco anos, a contar de quando promulgada a referida Constituição.

Acerca da competência privativa da União para legislar sobre populações indígenas, insta salientar que, conforme parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal, lei complementar pode autorizar os estados membros a legislarem sobre questões específicas.

Diante dos dispositivos supracitados, resta evidenciado que o direito indígena, principalmente o referente à terra, é de competência privativa da União, que deve legislá-lo e buscar os meios de sua aplicação.

2.2.2. Terras indígenas e o Estatuto do Índio

Considerada a lei infraconstitucional mais importante do direito indígena, a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, denominada Estatuto do Índio, trata da situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas, objetivando a preservação de sua cultura e a integração, progressiva e harmoniosa, dos povos indígenas à comunhão nacional.

Ainda, a referida lei assegura-lhes os mesmos direitos aplicados aos demais brasileiros, desde que resguardados seus usos, costumes e tradições, além de algumas peculiaridades dispostas legalmente.

Os arts. 3º e 4º, do Estatuto do Índio, definem, respectivamente, os conceitos de índio ou silvícola e comunidade indígena ou grupo tribal; e de índios isolados, índios em vias de integração e índios integrados. Dispõem os referidos artigos:

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

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

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

Art 4º Os índios são considerados:

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

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

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.¹¹

Entre os diversos dispositivos da referida lei, alguns merecem destaque no que concerne ao direito indígena a terra, como o art. 2º, IX, que determina à União, Estados e Municípios, incluídas as administrações indiretas respectivas, a responsabilidade, dentro de suas competências, de proteger as comunidades indígenas e preservar seus direitos, garantindo-lhes a posse permanente das terras que habitam, bem como o usufruto exclusivo das riquezas naturais e utilidades existentes naquela terra.

Ademais, o Título III do Estatuto do Índio, denominado “Das Terras dos Índios”, trata amplamente sobre o assunto, ao passo que determina a existência de três espécies de terras indígenas, quais sejam: terras habitadas ou ocupadas pelos indígenas, que são as abordadas pela Constituição Federal; terras reservadas aos índios, que podem organizar-se sob a forma de reserva, parque ou colônia agrícola; e, terras dominiais indígenas, ou seja, havidas por qualquer modo de domínio, conforme a legislação civil.

O art. 19, do referido Estatuto, determina que as terras indígenas serão administrativamente demarcadas, por iniciativa e sob orientação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), através de Decreto do Poder Executivo, que estabelecerá o processo a ser seguido. Frise-se que as terras indígenas que o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1988, determina para serem demarcadas são apenas as terras indígenas tradicionalmente habitadas pelos índios.

Atualmente, o Decreto que regula a demarcação de terras indígenas, em obediência ao referido art. 19, é o de nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996.

¹¹ BRASIL. **Lei 6001, de 19 de dezembro 1973**. Acessado em <www.planalto.gov.br>, em 20/08/2015, às 10h30min. “Passim”.

Por fim, insta destacar que a Lei 6.001, especificamente no art. 34, trata da segurança das terras indígenas, estabelecendo que a FUNAI poderá contar com a colaboração das Forças Armadas e Auxiliares e da Polícia Federal, para proteger as terras ocupadas pelos índios e comunidades indígenas.

2.2.2.1. Do SPI à FUNAI

As raízes institucionais para a implantação dessa primeira concepção sobre o problema indígena provêm da formação de um órgão indigenista específico, o Serviço de Proteção aos Índios - SPI, criado em 1910 por meio do Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1.910, e substituído em 1967 pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI.

O SPI foi criado em 1910, num cenário em que proliferavam os “bugreiros”, famosos matadores de índios, período em que somente as mortes por doenças já assolavam as aldeias. Há um século, as frentes de expansão penetravam pelo interior do Brasil e os índios eram considerados, então, um entrave ao desenvolvimento.

O SPI não era um órgão encarregado de administrar os assuntos indígenas, e sim uma instituição cujo objetivo era proteger os índios contra atos de perseguição e opressão nas áreas pioneiras. A legislação que estabeleceu o SPI, mais tarde incluída em varias constituições brasileiras, declarava explicitamente ser obrigação do Governo brasileiro proteger os índios dos efeitos destrutivos da colonização interna e defender sua vida, liberdade e direito de propriedade diante do extermínio e da exploração. Além disso, essa legislação reconhecia os direitos dos povos indígenas a existirem em suas próprias terras e a manterem, sob a guarda do Governo, seus costumes antigos e tradicionais (RIBEIRO, 1959, p. 85/113).

Apesar disso, segundo Darcy Ribeiro, mais de 80 tribos indígenas tiveram foram destruídas pela perda de sua cultura ou por doenças após o contato com os não índios. A informação consta do relatório do autor:

A julgar pelos casos conhecidos, os efeitos devastadores de epidemias de gripe, sarampo e outros agentes mórbidos levados por pessoas civilizadas teriam reduzido sua população a pelo menos metade do que era enquanto ainda estavam isolados. Houve transformações completas em seu modo de vida, as quais podem ser atribuídas a

fatores ecológicos e bióticos, mais do que ao processo de aculturação (RIBEIRO, 1957, p. 86)

Após o fim do período pós-guerra a política indigenista sofreu varias mudanças, tornando-se cada vez mais ligada à política regional e nacional. Um novo grupo de oficiais do exército e funcionários públicos assumiu posições de poder no SPI. A corrupção burocrática impregnou a administração do SPI. Não eram as considerações humanitárias que formavam a base da política indigenista no Brasil, mas os interesses econômicos do capitalismo predatório.

Nesse período a corrupção, as desumanas técnicas de extermínio e a escravidão tanto sexual como para o trabalho, eram comumente praticadas pelos servidores do SPI e por aqueles que pretendiam explorar comercialmente as áreas ocupadas pelos indígenas. Segundo expõe Selton Davis (1978), foram exterminadas tribos inteiras com o uso de dinamite, metralhadoras, alimentos envenenados com arsênico, sequestros para a escravidão, além do uso de lixo hospitalar, deixados próximos a essas populações, como arma biológica responsável pela contaminação por doenças como varíola, gripe, tuberculose e sarampo.

O SPI tinha intenção de por fim às situações de conflitos entre indígenas e não indígenas nas regiões agrícolas; atrair a população indígena que não estava em conflito; colocar os índios que não estavam em conflitos em contato com o SPI para serem protegidos dos não índios em diversas partes do Brasil; retirar os indígenas de situações escravas; ao mesmo tempo ensinar às populações indígenas as normas de civilização, tais como o uso de roupas, costura, cozinha, e, sobretudo, trabalhar para os não índios, ou seja, o completo abandono da cultura e modo de vida indígena.

O SPI protegia e ao mesmo tempo, via como objetivo “melhorar” a vida dos indígenas transformando-os em trabalhadores não indígenas (etnocídio e não genocídio). A ideia era que já que o índio ia deixar de ser índio, não mais necessitaria de terras. Logo, as demarcações feitas pelo SPI foram reduzidas.

Além disso foram identificadas contradições na atuação do SPI em virtude de ao mesmo tempo em que pretendia proteger os povos indígenas, sua cultura e terras, por vezes atuava transferindo índios e liberando territórios para a colonização. Novamente a atuação estatal passada, foi o fato de origem dos conflitos hoje existentes.

No final da década de 60 o SPI foi definitivamente extinto da organização estatal brasileira dando origem à FUNAI – Fundação Nacional do Índio, por meio da Lei nº 5.371/1967. No ano da extinção do SPI foi realizado, a pedido do Ministério do Interior, Comissão para apurar irregularidades praticadas no SPI.

Em 1967, o significado das novas diretrizes da política indigenista dada criação da FUNAI tornou-se claro quando a atenção internacional concentrou-se na política indigenista do Brasil, o Procurador Jader Figueiredo ficou encarregado de investigar as acusações de corrupção contra os funcionários do Serviço de Proteção aos índios.

Os resultados desses trabalhos foram expostos no relatório produzido pelo procurador Jader de Figueiredo Correia, as considerações iniciais desse documento expuseram parte das barbáries cometidas pelo estado por meio desse órgão:

Pelo exame do material infere-se que o Serviço de Proteção aos Índios foi antro de corrupção inominável durante muitos anos.

O índio, razão de ser do SPI, tornou-se vítima de verdadeiros celerados, que lhe impuseram um regime de escravidão e lhe negaram um mínimo de condições de vida compatível com a dignidade da pessoa humana.

É espantoso que existe na estrutura administrativa do País repartição que haja descido a tão baixos padrões de decência. E que haja funcionários públicos, cuja bestialidade tenha atingido tais requintes de perversidade. Venderam-se crianças indefesas para servir aos instintos de indivíduos desumanos. Torturas contra crianças e adultos, em monstruosos e lentos suplícios, a título de ministrar justiça.¹²

O autor prossegue utilizando expressões inimagináveis para a atuação de um órgão público, tais como “orgia administrativa”, e atos de tortura tais como esmagamento de tornozelos e até mesmo crucificação. Fase obscura e virada da história brasileira por meio da Lei nº 5.371/1967, que dentre outras providências extinguiu o SPI e criou a FUNAI, com interessantes previsões acerca dos princípios que passariam a reger a política indigenista:

Art. 1º Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada "Fundação Nacional do Índio", com as seguintes finalidades:

I - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados:

¹² Relatório Jader de Figueiredo Correia. 1967, p.4.912.

- a) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais;
- b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de tôdas as utilidades nela existentes;
- c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com a sociedade nacional;
- d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas;

Desde então essa Fundação estatal vem atuando no sentido de cumprir suas finalidades legais em proteção e defesa à população indígena brasileira, momento a partir do qual diversas foram as áreas reconhecidas e demarcadas, porém, em virtude dos conflitos entre a população indígena e os atuais detentores dessas terras, com a judicialização das questões, poucas foram efetivamente restituídas aos seus possuidores originários.

2.2.2.2. Hiato entre a constituição, o estatuto, a memória e a possibilidade de prática

A partir da instituição da FUNAI e extinção do SPI encerrando-se o período de barbáries praticadas pelos funcionários públicos desse último, intensificou-se os processos de reconhecimento de terras indígenas tradicionalmente ocupadas. Somando, atualmente, 462 terras indígenas regularizadas¹³.

Mais da metade dessas terras encontram-se na Região Norte do país, no Estado de Mato Grosso do Sul, elas se estendem por aproximadamente 1,6% da superfície territorial do estado, sendo que a população indígena representa em torno de 2,93% de sua população total. Do total de terras tradicionais identificadas no Brasil, 65 delas encontram-se no Mato Grosso do Sul, sendo 9 declaradas, 3 delimitadas, 19 em estudo, 4 homologadas e 30 regularizadas.¹⁴

Essa distorção advém principalmente da judicialização dos conflitos entre os atuais possuidores e os povos indígenas. Graças a desastrosa intervenção estatal ao longo dos anos, são diversas as famílias que atualmente as ocupam e nelas desenvolvem atividades

¹³ FUNAI. Demarcação de Terras Indígenas. Acesso em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoas/demarcacao-de-terras-indigenas?limitstart=0#>> em 25/01/2016 às 10h05min.

¹⁴ FUNAI. Terras Indígenas < <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>> em 25/01/2016 às 10h10min.

econômicas. Tais pessoas, recusando-se a abandonar as terras buscam o Poder Judiciário questionando os estudos técnicos que fundamentam o processo de demarcação.

Nesse momento dois aspectos influenciam negativamente a continuidade dos processos, o primeiro é a morosidade do Poder Judiciário na análise desses conflitos; o segundo é o lobby contrário ao avanço das demarcações que tem procurado sabotar de diversas formas o progresso da regularização das terras indígenas.

2.3. TERRAS INDÍGENAS E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

O STF já se manifestou diversas vezes acerca de assuntos relacionados ao direito indígena. Entre as demandas que chegaram ao órgão supremo, destaca-se a Petição 3388/Roraima, que tratou da demarcação de terra indígena denominada Raposa Serra do Sol, definindo importantes observações acerca do direito indígena a terra, enriquecendo relevantemente a jurisprudência acerca do tema¹⁵.

Entre os entendimentos do STF, destaca-se a peculiaridade de que as áreas indígenas servem para o exercício e desenvolvimento dos usos, costumes e tradições das comunidades étnico-indígenas, e não dos não índios. Ou seja, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade para interpretar-se a posse, permanência, habitação, produção econômica, reprodução física e cultural, abordadas pela Constituição Federal, segundo as necessidades indígenas.

Nesse sentido, o STF também entendeu que o direito indígena de posse, permanência, habitação, produção econômica, reprodução física e cultural, não concede aos indígenas permissão para interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas, entre outros abusos.

Outro entendimento da decisão que merece destaque é o de que a exclusividade no usufruto das riquezas do solo, rios e lagos nas terras indígenas, não impedem a eventual presença de não índios e nem a instalação de equipamentos públicos, abertura de estradas e

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. **Petição n. 3.388/RR**. Requerente Augusto Affonso Botelho Neto e Requerido União. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 19 de março de 2009 e publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 25 de setembro de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 ago. 2013.

outras vias de comunicação, processadas sob a liderança institucional da União e acompanhadas pelo Ministério Público Federal e representantes dos povos indígenas.

Ainda, destacou o STF que a Constituição Federal de 1988, ao dispor acerca do direito dos povos indígenas às terras por eles tradicionalmente habitadas, não outorgou esse direito, mas apenas o reconheceu. Ou seja, a disposição tem natureza declaratória, e não constitutiva. Inclusive, a decisão do órgão supremo explica o termo “originários” do texto constitucional, pelo que, diante disso, a decisão merece transcrição parcial:

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. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de ‘originários’, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como ‘nulos e extintos’ (§ 6º do art. 231 da CF).

Além da Petição 3388, outra decisão do STF merece menção pela importância e peculiaridade da interpretação, qual seja, a proferida no Habeas Corpus (HC) 80.240¹⁶. Trata-se de entendimento de que a intimação de índio para prestar depoimento fora da terra onde habita, na condição de testemunha, viola a proteção específica que lhe é conferida pela Constituição Federal de 1988, especificamente os arts. 215, 216 e 231.

Segundo o STF, a atitude de convocar, impositivamente, o índio para prestar depoimento fora de sua terra natural fere sua liberdade de locomoção, caracterizando-se como remoção de indígena, o que só é permitido em raras exceções, segundo o texto constitucional.

Ademais, o depoimento trata-se de uma atividade atípica à comunidade indígena, podendo a convocação para depor transformar-se em cometimento de ilícito pelo índio, bem como, violação aos seus usos, costumes e tradições.

Além da Petição 3388 e do HC 80.240, diversas outras demandas chegam ao STF tratando do direito indígena, especificamente relacionadas à demarcação de terras, diante do

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Caráter Preventivo. Comissões Parlamentares de Inquérito. **Habeas Corpus n. 80.240/RR**. Paciente Jerônimo Pereira da Silva, Impetrante Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 20 de junho de 2001 e publicado no Diário da Justiça em 14 de outubro de 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 ago. 2015.

caráter polêmico e da dificultosa interpretação do tema. Insta ressaltar, que além do STF, a jurisprudência dos outros tribunais também contribui significativamente para a aplicação dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais relacionados ao direito indígena.

3. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E A UNIÃO

As terras tradicionalmente habitadas por indígenas são consideradas bens da União, tendo os índios e comunidades indígenas os direitos originários sobre as mesmas. Ainda, trata-se de responsabilidade da União demarcar as referidas terras, através do órgão federal de assistência ao índio, qual seja, a FUNAI.

Frise-se que a demarcação de terras indígenas possui extrema importância para proteção e efetivação dos direitos indígenas, já que, tendo os referidos direitos sido violados por vários anos, a Constituição Federal de 1988 buscou a remissão dessas violações, reconhecendo o direito indígena, principalmente à terra, como de caráter declarativo, e não constitutivo.

3.1. PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Inicialmente, há de se destacar que a demarcação de terras indígenas incide sobre aquelas previstas no art. 231 da Constituição Federal, quais sejam, as tradicionalmente habitadas pelos índios ou comunidades indígenas, já que estes possuem sobre as mesmas os direitos “originários”, tendo a Constituição utilizado-se de tal termo para evidenciar o caráter declarativo de seus respectivos preceitos.

Conforme art. 19 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, o processo demarcatório de terras indígenas será regulado por meio de Decreto do Poder Executivo, sendo executado de maneira administrativa pela FUNAI. Atualmente, rege o processo demarcatório de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas o Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996.

Segundo o Decreto supracitado, a demarcação deve ter fundamentação em um estudo antropológico de identificação, o qual deve ser realizado por antropólogo com qualificação reconhecida, em prazo fixado pela FUNAI, após o desenvolvimento de diversos trabalhos.

Ressalta-se que, sob a orientação do antropólogo, também devem ser realizados estudos complementares com natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e indicadora do levantamento fundiário necessários à delimitação da terra indígena. Esse estudo deve ser realizado por Grupo Técnico especializado, definido pela FUNAI, que poderá, quando necessário, solicitar colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos.

Após conclusão dos trabalhos de identificação e delimitação das terras, o grupo técnico deve elaborar relatório circunstanciado, a ser entregue à FUNAI, contendo as caracterizações da terra indígena a ser demarcada.

Depois do recebimento do relatório circunstanciado, se aprovado pelo titular da FUNAI, o mesmo deve ser publicado, em 15 dias, no Diário Oficial da União, da unidade federada respectiva e na sede da Prefeitura Municipal do município correspondente, junto com o memorial descritivo e o mapa da área demarcada.

A contar da publicação supramencionada, será aberto prazo de 90 dias para os estados, municípios e demais interessados, manifestarem-se, podendo apresentar suas razões com as concernentes provas, pleiteando indenização ou reconhecimento de vícios, totais ou parciais, do relatório circunstanciado.

Passado os 90 dias, em um novo prazo de 60 dias, a FUNAI deve encaminhar o procedimento de demarcação ao Ministro da Justiça, podendo este manifestar-se, em 30 dias, dentre três maneiras, as quais estão dispostas no § 10 do art. 2º do Decreto 1.775, que dispõe:

§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:

I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;

II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.¹⁷

¹⁷ BRASIL. **Decreto 1.775, de 8 de janeiro de 1996**. Acessado em <www.planalto.gov.br>, em 20/08/2015, às 10h30min. “Passim”.

Decidindo o Ministro da Justiça pela declaração, mediante portaria, dos limites da terra indígena e determinação de sua declaração, a referida demarcação será homologada mediante decreto, devendo a FUNAI, em até 30 dias da publicação do Decreto, registrá-la em cartório imobiliário da respectiva comarca e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

Em suma, conforme D'Agostino, a demarcação de terras indígenas pode ser dividida em cinco fases, quais sejam: 1) terras em estudo; 2) delimitadas; 3) declaradas; 4) homologadas; e, 5) regularizadas¹⁸.

3.1.1. Problema da morosidade e dos conflitos

Durante muito tempo, os índios foram massacrados e violentados em seus direitos e, o que parecia uma solução trazida pela Constituição Federal de 1988, na realidade, se tornou uma decepção, pois a esperança que tranquilizou os indígenas acerca do reconhecimento de seus direitos sobre as terras que tradicionalmente habitavam, tornou-se uma árdua luta e as questões relativas à demarcação das terras indígenas sofrem com a morosidade na atuação do governo.

Não obstante o caráter de urgência evidenciado pelo dispositivo constitucional dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), ao determinar o prazo de cinco anos para a demarcação das terras indígenas, atualmente, quase vinte e três anos depois, a União continua a negar os direitos dos índios.

Diante dessa omissão os conflitos entre produtores rurais e indígenas vem se agravando no país, principalmente no Estado de Mato Grosso do Sul, ocasionando, até mesmo perda de vidas humanas.

Visando assegurar os dispositivos constitucionais reconhecedores do direito e da dignidade indígena, o Poder Judiciário acaba por exercer muitas funções, entre as quais merece destaque o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁹, que apontou seis

¹⁸ D'AGOSTINO, Rosanne. Brasil tem 672 terras indígenas; entenda como funciona demarcação. 05/10/2015. Acessado em <www.g1.globo.com> às 22:40.

¹⁹ CNJ. :Relatório dos Trabalhos da 'Comissão sobre a Questão Indígena em Mato Grosso do Sul'.24/07/2013. Disponível em < http://www.cimi.org.br/pub/Arquivos/CNJ_indios_ms.pdf> Acessado em 25/01/2016.

soluções para conflitos indígenas no Mato Grosso do Sul, estado brasileiro onde eles vem ocorrendo com maior frequência.

Conclusão definitiva do processo administrativo demarcatório com indenização pelas benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé; desapropriação de áreas por interesse social; aquisição direta de terras; assentamento de pequenos proprietários rurais; transação judicial e indenização por ato ilícito do Estado (ente federativo) decorrente da titulação considerada posteriormente ilegítima são as seis soluções apontadas pelo CNJ que podem oferecer ajuda de extrema relevância para resolução dos conflitos indígenas.

Frise-se que os usos e costumes dos índios diferem dos usos e costumes dos demais segmentos da sociedade civil, sendo que para a população indígena as terras que tradicionalmente ocupam são essenciais para desenvolverem suas tradições e cultura, que fazem parte de sua sobrevivência. E atendem à finalidade maior de produzir a pacificação social.

3.2. DANOS CAUSADOS PELA FALTA DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

As terras indígenas são imprescindíveis para que os índios possam ter acesso a todos os seus direitos garantidos constitucionalmente, que por tanto tempo lhe foram abusivamente negados. A demarcação de terras constitui-se em mínimo de segurança e tranquilidade para que esses povos possam, finalmente, estabelecer uma vida condigna com seus usos e tradições.

A morosidade no processo de demarcação tem imposto aos povos indígenas novas provações, tais como o confinamento em pequenas áreas, insuficientes para o desenvolvimento de suas atividades culturais e de sobrevivência. Daí a perversidade na solução trazida pela Constituição Federal de 1988 que tornou-se nova decepção ao não modificar a realidade social e finalmente reconhecer e restituir as terras tradicionais aos seus possuidores originários.

Conforme RODRIGUES²⁰, entre 2003 e 2012, apenas no Mato Grosso do Sul, foram assassinados 319 índios, por motivos envolvendo conflitos de terra. A quantidade equivale a 57% dos assassinatos de índios em todo o país, no respectivo período.

Ainda, no estado supracitado, no ano de 2009, de acordo com narração de CARVALHO²¹, a cada dez dias, um índio suicidava-se. A maioria dos suicídios ocorria na aldeia de Bororó, localizada na cidade de Dourados, onde aproximadamente 16 mil índios dividiam um espaço de 3.500 hectares sem condições de plantio, caracterizando a aldeia como um caldeirão prestes a explodir.

A omissão da União em demarcar as terras indígenas acarretou e acarreta diversos problemas e crises em todo o território nacional, gerando diversos danos materiais, morais e à vida do indígena, causando mortes e dizimação do povo que sofre desde o “descobrimento” das terras brasileiras.

Em junho de 2013, conforme CORREIA²², produtores rurais de Roraima manifestaram-se contra a demarcação de terras indígenas, bloqueando as estradas que ligavam a capital Boa Vista ao estado do Amazonas e à Venezuela, exigindo o fim da violência envolvendo conflitos de terras e a emancipação dos índios em todo o território nacional.

A falta de demarcação das terras acarretam o desrespeito de seus direitos por outros segmentos da sociedade, que, muitas vezes, não entendem e tem alimentado o preconceito contra os povos indígenas, em virtude da falta de execução das políticas públicas a que o Estado estaria vinculado.

²⁰ RODRIGUES, Nyelder. **Conflitos em MS é responsável por 57% das mortes de índios no país**. Acessado em <www.campograndenews.com.br>, em 22/08/2015, às 09h00min.

²¹ CARVALHO, Cleide. **Mato Grosso do Sul registra suicídio de um índio a cada dez dias**. Acessado em <www.oglobo.oglobo.com>, em 22/08/2015, às 09h00min.

²² CORREIA, Cyneia. **Ruralistas bloqueiam rodovia em Roraima e deixam estado isolado**. Acessado em <www1.folha.uol.com.br>, em 22/08/2015, às 09h00min

4. CONSTRUÇÃO DE UMA PERSPECTIVA DE ETNODESENVOLVIMENTO LOCAL

O desenvolvimento das comunidades indígenas com respeito as suas opiniões, interesses e vontades, em consonância com sua cultura, modo de vida, sistema produtivo e organização comunitária, de modo sustentável, sem a imposição por meio do estado de medidas de intervenção, configuram a ideia de etnodesenvolvimento local.

Assim, o etnodesenvolvimento é uma ação positiva, inclusiva, por meio do qual se objetiva o reconhecimento da diversidade étnica em consonância com os ideais do desenvolvimento econômico (LITTLE, 2002, p. 36), porém, em oposição à ideia capitalista desenvolvimentista e inconsequente.

O Brasil pode ser considerado um país multicultural, por sua formação social, e possui proteção Constitucional à esta diversidade, especialmente no que toca aos indígenas. Entretanto, o desenvolvimento humano e progresso social sempre foi compreendido exclusivamente sob o entendimento da sociedade não índia, a eles impondo tais ideias. Nesse sentido o etnodesenvolvimento, dentro do conceito a ser adotado, é capaz de proporcionar o desenvolvimento sustentável para estas comunidades, respeitando-se suas especificidades.

Nesse sentido a hegemonia da cultura capitalista no Brasil, apesar do multiculturalismo nele existente, tornou-se um obstáculo ao desenvolvimento humano das comunidades indígenas dentro de sua cultura e costumes. Somente com o advento da Constituição Federal de 1988, no seu artigo 215 é que houve a merecida tutela à diversidade cultural brasileira:

Art. 215 O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§1 O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV - democratização do acesso aos bens de cultura;

V - valorização da diversidade étnica e regional.

O multiculturalismo foi assim protegido nesses dispositivos constitucionais dedicados à defesa e conservação da cultura, tratando-se de dever do estado adotar medidas específicas de proteção das manifestações culturais existentes no território nacional, incluindo-se todos os grupos étnicos que formaram a atual sociedade brasileira, em especial os mais objurgados: os indígenas e afrodescendentes. (SANTILLI, 2005, pg.75)

Com o passar dos anos percebeu-se a necessidade de repensar o desenvolvimento humano, não mais condicionando-o ao progresso econômico e a geração de riquezas a qualquer custo. O preço pago por esse suposto progresso reflete-se na realidade hoje encontrada no meio ambiente e em algumas sociedades.

Por muito tempo o desenvolvimento dos povos indígenas foi indevidamente associado à incorporação desses povos às sociedades hegemônicas, o estado instituiu e definiu as políticas públicas voltadas para esses povos, a partir dos gabinetes dos órgãos públicos. As próprias populações envolvidas e afetadas sequer faziam parte da construção dessas políticas.

Foi nesse contexto que surgiu o conceito de etnodesenvolvimento de Rodolfo Stavenhagen²³, cuja ideia principal é no sentido de a própria etnia controlar suas terras,

²³ STAVENHAGEN, Rodolfo. Etnodesenvolvimento: uma dimensão ignorada no pensamento desenvolvimentista. Anuário Antropológico – 1984. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

recursos, organização social e cultura, relacionando-se com o estado de modo autônomo e não subordinado, estabelecendo tais relações de acordo com seus próprios interesses.

O reconhecimento internacional dos povos indígenas gerou o reconhecimento da diversidade étnica pelos Estados nacionais, dentro de suas fronteiras, isso se deu, principalmente, por meio da edição da Convenção de 1969 da Organização Internacional do Trabalho e o Grupo de Trabalho da ONU sobre povos indígenas. (LITTLE, 2002, p.36)

Esse conceito, apesar de não ter sido expressamente mencionado, foi amplamente incorporado ao ordenamento jurídico por meio da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, introduzido no arcabouço legislativo brasileiro por meio do Decreto nº 5.051/2004, sobretudo em seu art. 2º, de necessária reprodução:

Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.
2. Essa ação deverá incluir medidas:
 - a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;
 - b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;
 - c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

Como se vê, a ideia do etnodesenvolvimento vai na contramão da política indigenista praticada no Brasil até o final da década de 60, e cujas previsões passam a ser melhor compreendidas e aplicadas nas duas últimas décadas. O desenvolvimento das sociedades indígenas, portanto, consistiria no próprio desenvolvimento humano, porém, respeitados os valores, cultura, costumes e demais elementos caracterizadores da etnia indígena.

Desta forma, pode-se considerar o etnodesenvolvimento como uma reação ao sistema hegemônico presente, pois valorizar e recuperar as identidades locais destes grupos indígenas, principalmente, incluindo-os no sistema ou, mantendo-os em si mesmos, dependendo da teoria a ser adotada, incluindo-os como agentes globais e não marginalizando-os ou excluindo-os da história do desenvolvimento.

Apesar do relevo dado ao tema pela comunidade internacional, em alguns países como Equador e Bolívia, esses ideais foram incorporados em suas constituições, isso porque nesses países a cultura indígena, apesar de ter sofrido violações semelhantes às ocorridas no Brasil, é proeminente e se confunde com a cultura hegemônica.

Na Bolívia há proteção à autodeterminação dos povos indígenas e aos seus territórios, autonomia, autogoverno, cultura e afins já no artigo 2º de sua Constituição, assim como afirmação do artigo 3º de tais povos constituírem a nação, nos seguintes termos:

Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley

Artículo 3. La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

Já a Constituição do Equador traz em seus primeiros artigos a proteção ao idioma indígena reconhecendo-o como um dos oficiais do país e reconhece a nacionalidade indígena, sem prejuízo do reconhecimento da nacionalidade equatoriana a essas populações:

Art. 2.- La bandera, el escudo y el himno nacional, establecidos por la ley, son los símbolos de la patria.

El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso.

Art. 6.- Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional.

Essas constituições demonstram que os valores trazidos pela Constituição Federal brasileira em vigor, assim como as normas contidas na Convenção 169 da OIT, não são utopias, mas realidades de etnodesenvolvimento local de comunidades indígenas.

4.1. DEMORA NA DEMARCAÇÃO E O IMPACTO NO ETNODESENVOLVIMENTO

A ideia de etnodesenvolvimento, como exposto, surgiu da necessidade de distinguir as sociedades hegemônicas daquelas postas à sua margem. O conceito de progresso e desenvolvimento compreendido pela sociedade em um centro urbano, não poderia jamais ser exportado para uma comunidade tribal, com idioma, cultura e costumes próprios, como se fez por muitos anos no Brasil.

Nesse sentido a demora na demarcação vem configurando-se como obstáculo intransponível ao etnodesenvolvimento dessas comunidades humanas. Sobre elas vem recaindo consequências desastrosas tais como o alcoolismo, o suicídio, ilhamento da saúde, infanticídio e inúmeras outras inimagináveis no estágio evolutivo em que se encontra a sociedade brasileira.

O obstáculo imposto pela União ao omitir-se no cumprimento dos preceitos constitucionais vem ocasionando entraves ao desenvolvimento humano dessas comunidades mas também nos locais onde se instauraram os conflitos. A insegurança jurídica decorrente da disputa instaurada entre índios e não índios é entrave até mesmo ao desenvolvimento e progresso econômico almejado pela sociedade hegemônica.

Isso porque limitam-se os investimentos nessas áreas até uma solução definitiva; limitam-se os empregos; retira-se também dos não índios vias de sustento. Em verdade tais consequências são até mesmo irrelevantes diante dos flagelos impostos às comunidades indígenas, porém não devem ser esquecidos.

O processo demarcatório mencionado no item 3.1 deste estudo tem sido moroso tanto administrativamente, quanto pelos conflitos judiciais instaurados que retardam o procedimento. No Estado de Mato Grosso do Sul, segundo informações da FUNAI, das 65 terras indígenas em processo de demarcação, somente 30 chegaram ao seu término, encontram-se regularizadas.

A falta de demarcação das terras indígenas implica em abuso e não reconhecimento aos direitos dos índios, sendo corriqueiras as notícias relacionadas à invasão de terras

indígenas, devido à falta de demarcação das mesmas, gerando graves conflitos e diversas mortes.

Não apenas violações aos direitos indígenas, a falta de demarcação atinge toda a população brasileira, que amedronta-se diante da insegurança causada por dois segmentos de relevante função na sociedade, quais sejam, índios e fazendeiros. Inclusive, estes também podem ser considerados vítimas da omissão da União, ao não saberem se estão desenvolvendo suas atividades em terras tradicionalmente habitadas pelos índios.

A omissão estatal decorre da evidenciada falta de demarcação das terras indígenas pela União, cujo nexo de causalidade produz diversos danos, entre os quais: alta taxa de suicídios entre indígenas, diante da insegurança e instabilidade quanto aos direitos sobre as terras que habitam; conflitos entre indígenas e fazendeiros, com diversas mortes; insegurança nacional; incitação do preconceito e violência contra grupos indígenas; entre muitos outros.

Por outro lado, dentre as terras regularizadas encontra-se a Pilad Rebuá no Município de Miranda no Estado de Mato Grosso do Sul, onde é possível constatar a concretização do etnodesenvolvimento local na estrutura existente na aldeia, tal como escola, posto de saúde, residências em alvenaria, hortas e cultivos diversos, porém sem o abandono da cultura, idioma e costumes, mantendo relativa capacidade de auto organização (Fotos 1 a 10 Anexo I).

5. A INDENIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DO ETNODESENVOLVIMENTO

A indenização no contexto do Direito Civil está diretamente relacionada com o ideal de responsabilidade civil. A ideia central é que o ato ilícito do qual decorra dano a outrem deva ser reparado por meio da correspondente indenização, restituindo o lesado à situação em que se encontrava antes do dano experimentado por seu patrimônio.

No contexto da responsabilidade civil do estado vigora no Brasil a modalidade objetiva, segundo a qual basta ao ofendido comprovar a ocorrência de ato ilícito, o dano e o nexo causal, não importa para o reconhecimento do dever de reparação a conduta do agente do estado, se culposa ou dolosa.

Tais conceitos traspostos para a omissão na demarcação de terras indígenas permitem com perfeição a conclusão pela necessidade de o estado, não só realizar as demarcações determinadas na Constituição, como também indenizar as comunidades indígenas pelos danos decorrentes dos anos de omissão.

O ato ilícito pode ser praticado até mesmo por omissão, sobretudo quando haja comando normativo determinando a conduta comissiva. Por essa razão a omissão da União no cumprimento dos preceitos constitucionais deve ser visto como ato ilícito. Os danos às comunidades indígenas são aqueles amplamente conhecidos e reconhecidos, provocados precisamente pela não demarcação das terras indígenas.

Estão presentes os três elementos configuradores do dever indenizatório do estado. Entretanto, a reparação dos danos não pode ser vista como a simples entrega de dinheiro aos povos indígenas no intuito de apagar os flagelos aos quais o estado brasileiro historicamente os submeteu.

A gravidade da marginalização, desrespeito a esses povos, as consequências por eles experimentadas extrapolam até mesmo a instância ordinária da simples reparação civil, facilmente solucionada pela entrega de quantias em dinheiro. Em verdade, somente políticas estatais intensivas poderiam, ao menos, assegurar o respeito à cultura dos primitivos ocupantes dos territórios brasileiros.

Por essa razão, não parece suficiente falar em simples indenização, seriam necessários também atos e ações afirmativas reparatórias. O restabelecimento da dignidade dos indivíduos que compõem as comunidades indígenas.

Aliás, interessante observar que o estado brasileiro vem reconhecendo tais ações afirmativas a outras minorias étnicas com maior integração com a sociedade hegemônica, a exemplo a institucionalização das cotas sociais e raciais em concursos públicos e vestibulares. Por outro lado há o massivo apoio aos agricultores familiares por meio de programas como o PRONAF.

O Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF) tem como objetivo o fortalecimento das atividades desenvolvidas pelo produtor familiar, de forma a integrá-lo à cadeia de agronegócios, proporcionando-lhe aumento de renda e agregando valor ao produto e à propriedade, mediante a modernização do sistema produtivo, valorização do produtor rural e a profissionalização dos produtores familiares.

Buscou-se integrar todos os agricultores familiares num único programa, o que facilitaria a concessão de crédito. Ao PRONAF caberia promover a sustentabilidade dos assentamentos via aumento da produtividade e da renda das famílias.

Trata-se, portanto, de relevante instrumento de desenvolvimento local em ambiente rural, por meio do incentivo, profissionalização e aperfeiçoamento dos agricultores familiares em pequenos espaços rurais em contraposição ao latifúndio.

Em que pese a maior complexidade do etnodesenvolvimento em oposição a simplicidade das políticas de fomento à produção da agricultura familiar, o esquecimento das políticas afirmativas voltadas especificamente às comunidades indígenas, desenvolvidas por elas e para elas, demonstra o caminho a ser percorrido pela sociedade brasileira até a completa visibilidade desses povos como integrantes da nação.

Por analogia com populações que são incluídas em políticas de pareamento jurídico, as populações indígenas podem ser significativas a partir de uma política inclusiva que as coloque no centro de um processo de escuta da sua diferença, capacitando-as para poder desenvolver as suas contribuições na produção de sustentabilidade e de seu modo de vida específico, que desafia e eventualmente é crítico do modo hegemônico.

A indenização às comunidades indígenas como fator de realização do etnodesenvolvimento não é ideia utópica ou irrealizável, sobretudo por já ter ocorrido no Brasil com a comunidade indígena Panará. Habitantes da bacia do Rio Peixoto de Azevedo no norte do Mato Grosso e Sul do Pará, permaneceram sem contato com os não índios mesmo após sucessivas tentativas de contato promovidas por frentes de atração do governo federal.

Porém em 1970 anunciou-se a construção da rodovia BR 163 que passaria exatamente pelo território tradicional dos índios Panarás. Diante disso uma nova expedição de contato foi organizada pela FUNAI para tentar remover a comunidade do caminho da rodovia.

As obras seguiram em direção ao centro do território tradicional desse povo sem que os primeiros contatos fossem concretizados, o que ocorreu somente em 1973 quando os índios admitiram a aproximação dos sertanistas da FUNAI. Contudo, nessa época o canteiro de obras da rodovia já estava perigosamente próximo das áreas de circulação dos índios e, mesmo assim, a FUNAI ou outros órgãos estatais não adotaram nenhuma providência de segurança e proteção à comunidade.

Como não poderia deixar de ocorrer nessas condições, os Panará foram dizimados em poucos meses pelas epidemias de gripe, diarreias e demais doenças, e, ainda, pelo alcoolismo e prostituição. No início de 1975, a extinção dos Panarás parecia iminente quando a FUNAI decidiu transferi-los para o Parque Indígena do Xingu, distante de suas terras tradicionais.

Além das novas terras não apresentarem as mesmas condições de cultivo, o seu território original foi tomada pelos garimpos e fazendas que se instalaram na região, devastando as florestas ali existentes. Estima-se que a comunidade Panará foi reduzida de aproximadamente 300 indivíduos, à época do primeiro contato, para somente 79 quando da remoção. Em 1994, quatro dos sobreviventes elaboraram uma lista com os nomes de 176 parentes mortos, vítimas do contato com os não índios.

A partir de 1991 a comunidade Panará passou a reivindicar a retomada de suas terras tradicionais. Apoiados por indigenistas, advogados e antropólogos, as famílias Panarás visitaram suas terras e chocaram-se o nível de degradação encontrado. No entanto, para evitar novos conflitos, resignaram-se e em 1994 reestabeleceram as aldeias e roças em uma área com 448 mil hectares, nas cabeceiras dos rios Iriri e Ipiranga, em uma região que sobreviveu aos garimpos e fazendas.

Após a retomada a comunidade ajuizou ação indenizatória contra a FUNAI e a União pretendendo o ressarcimento dos danos materiais e morais provocados pela desastrosa intervenção estatal. Em decisão inédita, o TRF da 1ª Região confirmou a condenação de primeira instância, determinando à União e à FUNAI a pagar uma indenização de 4 mil salários mínimos corrigidos (aproximadamente R\$1 milhão de reais).

Dentre os danos provocados pela ação estatal estão a perda da identidade, do território, de vidas, e até mesmo a quase extinção do povo Panará. Somente a ofensa ao primeiro dos valores mencionados seria suficiente a ensejar a reparação obtida na vida judicial, isso porque:

Quando a identidade perde as âncoras sociais que a faziam parecer “natural”, predeterminada e inegociável, a “identificação” se torna cada vez mais importante para os indivíduos que buscam desesperadamente um “nós” a que possam pedir acesso. Bauman (2005, p. 31)

Somente em 1996 as terras reivindicadas foram formalmente reconhecidas pelo governo, por meio de portaria assinada pelo então Ministro da Justiça Nelson Jobim. Foi a primeira decisão judicial que reconheceu a responsabilidade civil do estado pelos danos causados a uma comunidade indígena.

A partir da retomada das terras tradicionais restabelecendo o vínculo da comunidade com o seu território e com a indenização reconhecida, foi possível o desenvolvimento de ações específicas de preservação da saúde, restabelecimento de áreas degradadas, preservação da cultura, costumes e idioma, conforme os anseios, desejos e interesses da própria comunidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As terras indígenas não são apenas os espaços ocupados pelos índios, mas todo espaço necessário para a sobrevivência de sua cultura, as terras são imprescindíveis para que possam ter acesso a todos os seus direitos garantidos constitucionalmente, que por longo tempo lhes foram abusivamente negados.

A demarcação de terras constitui-se em mínimo de segurança e tranquilidade para que esses povos possam, finalmente, estabelecer uma vida condigna com seus usos e tradições. Trata-se de instrumento para o reconhecimento não só das terras, mas também dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

Há pouco mais de 40 anos a população indígena, comprovadamente, sofria com medidas estatais praticadas por meio do SPI, que acreditava-se incompatíveis com a república democrática que o Brasil acreditava ser à época. Atualmente, esse mesmo povo vem sofrendo novos massacres pelo confinamento em áreas insuficientes para a sua subsistência ou, até mesmo, nenhuma área reconhecida, vivendo em permanente situação de conflito.

A omissão da União em demarcar as terras indígenas acarretou e acarreta diversos problemas e crises em todo o território nacional, gerando diversos danos materiais e morais à vida do indígena, causando mortes e dizimação do povo que sofre desde o “descobrimento” das terras brasileiras.

Não obstante o caráter de urgência evidenciado pelo dispositivo constitucional dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), ao determinar o prazo de cinco anos para a demarcação das terras indígenas, que ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os povos indígenas realmente tiveram seus direitos reconhecidos e atualmente, quase vinte e três anos depois, o Poder Executivo continua a negar os direitos dos indígenas.

No entanto, a Constituição vigente quebra o paradigma e reconhece o direito de ser índio conforme seus usos, costumes e tradições. Reconhece às comunidades indígenas e suas organizações o direito de estarem em juízo, reconhecendo a capacidade dos índios.

A Constituição Federal de 1988 é o marco divisor de águas no direito indigenista, pois garantiu aos povos indígenas o direito congênito as terras tradicionalmente ocupadas.

Visando assegurar os dispositivos constitucionais reconhecedores do direito e da dignidade indígena, o Poder Judiciário acaba por exercer muitas funções, entre as quais merece destaque o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que apontou seis soluções para conflitos indígenas no Mato Grosso do Sul, estado brasileiro cujos conflitos são mais frequentes.

Conclusão definitiva do processo administrativo demarcatório com indenização pelas benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé, desapropriação de áreas por interesse social, aquisição direta de terras, assentamento de pequenos proprietários rurais, transação judicial e indenização por ato ilícito do Estado decorrente da titulação considerada posteriormente ilegítima são as seis soluções apontadas pelo CNJ que podem oferecer ajuda de extrema relevância para resolução dos conflitos indígenas.

Frise-se que os usos e costumes dos índios diferem dos usos e costumes dos demais segmentos da sociedade civil, sendo que para a população indígena as terras que tradicionalmente ocupam são essenciais para desenvolverem suas tradições e cultura, que fazem parte de sua sobrevivência.

Ainda, a falta de demarcação das terras acarretam o desrespeito de seus direitos por outros segmentos da sociedade, que, muitas vezes, não entendem e alimentam o preconceito contra os povos indígenas, em virtude da falta de execução das políticas públicas a que o Estado estaria vinculado.

Assim, de extrema necessidade e relevância é o comprometimento da União para desenvolver as ações necessárias para a execução do que dispõe a Constituição Federal de 1988. Isto, pois, a conduta omissiva desse ente federado possui nexo de causalidade com os mais variados danos e prejuízos sofridos pela população indígena.

Isso porque o desenvolvimento social das populações indígenas depende em absoluto do reconhecimento de suas terras, conferindo-lhes o direito de subsistir de acordo com suas tradições e cultura. Nesse contexto, ocorre a verdadeira retirada de diversos indivíduos de uma situação de miserabilidade evidente.

Mais do que o simples ato de entregar terras, o processo de retomada pelos povos indígenas representaria o cumprimento dos preceitos constitucionais quanto à dignidade humana, e, finalmente, permitiria o desenvolvimento desses povos, atualmente limitado, e sobre o qual recaem inúmeras consequências maléficas.

Dentre elas elege-se a perda da identidade cultural desses povos como a mais danosa à perpetuação da cultura indígena, também influente na formação social brasileira.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**. 2006.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo. Nova Cultural: 1984.

BARBOSA, Marco Antônio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. 2001.

BARRETO, Herlder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. 2005.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Acessado em <www.planalto.gov.br>, em 20/08/2015, às 10h30min. “Passim”.

BRASIL. **Decreto 1.775, de 8 de janeiro de 1996**. Acessado em <www.planalto.gov.br>, em 20/08/2015, às 10h30min. “Passim”.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro 1973**. Acessado em <www.planalto.gov.br>, em 20/08/2015, às 10h30min. “Passim”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. **Petição n. 3.388/RR**. Requerente Augusto Affonso Botelho Neto e Requerido União. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 19 de março de 2009 e publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 25 de setembro de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Caráter Preventivo. Comissões Parlamentares de Inquérito. **Habeas Corpus n. 80.240/RR**. Paciente Jerônimo Pereira da Silva, Impetrante Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

Julgado em 20 de junho de 2001 e publicado no Diário da Justiça em 14 de outubro de 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 ago. 2013.

CARVALHO, Cleide. **Mato Grosso do Sul registra suicídio de um índio a cada dez dias.** Acessado em <www.oglobo.oglobo.com>, em 14/07/2013, às 09h00min.

CORREIA, Cyneia. **Ruralistas bloqueiam rodovia em Roraima e deixam estado isolado.** Acessado em <www1.folha.uol.com.br>, em 14/07/2013, às 09h00min.

D'AGOSTINO, Rosanne. **Brasil tem 672 terras indígenas; entenda como funciona demarcação.** 05/010/2015. Acessado em <www.g1.globo.com> às 22:40.

DAVIS, Shelton. **Vítimas do Milagre. O Desenvolvimento e os Índios do Brasil.** Rio de Janeiro. Zahar, 1978.

FREITAS JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente Ocupadas pelo Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como um Direito Constitucional Fundamental – Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional).** 2010.

FUNAI. Serviço de Proteção aos Índios. Acesso em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/servico-de-protecao-aos-indios-spi>> em 25/01/2016 às 9h00min.

FUNAI. Demarcação de Terras Indígenas. Acesso em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/demarcacao-de-terras-indigenas?limitstart=0#>> em 25/01/2016 às 10h05min.

FUNAI. Terras Indígenas < <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>> em 25/01/2016 às 10h10min.

GALLOIS, Dominique Tilkin. **O que são Terras Indígenas.** 2009.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Fábris Editor, 1991, p.24.

JÚNIOR, José Geraldo de Sousa. **Direito como liberdade: O Direito Achado na Rua Experiências Populares Emancipatórias de Criação do Direito**. Brasília, 2008. Acesso em: < http://www.dhnet.org.br/dados/teses/a_pdf/tese_jose_geraldo_direito_achado_rua.pdf > em 28/01/2016 às 10h00min.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

KELSEN, Hans. O que é Justiça! A justiça, o Direito e a política no espelho da ciência, 1998.

LITTLE, Paul E. **Etnodesenvolvimento local: autonomia cultural na era do neoliberalismo global**. Disponível em: <www.ufrgs.br/pgdr/arquivos/693.pdf> Acesso em: 20 fev. 2016.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, 5ªed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003, p.91.

RIBEIRO, Darcy. “A Obra Indigenista de Rondon”, América Indígena, 19, nº 02, 1959, p.85/113.

RODRIGUES, Nyelder. **Conflitos em MS é responsável por 57% das mortes de índios no país**. Acessado em <www.campograndenews.com.br>, em 14/07/2013, às 09h00min.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**.Proteção Jurídica à diversidade biológica e cultural.São Paulo: Peirópolis.2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional**. 2011. p.855.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2004.p.860.

SILVA, Lásaro Moreira da. **O Reconhecimento dos Direitos Originários dos Índios sobre suas Terras Tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a Extebsão do Conceito de Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas**. Revista Jurídica Unigran, Dourados, v.6, n.6, n.11, p.150, jan./jul. 2004.

VILAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. **Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática**. 2012.p.71

ANEXO I - LEVANTAMENTO FOTOGRÁFICO



Foto 01. Aldeia Pilade Rebuá, Cultivo de Batatas – **Autor:** Laryssa Wolff Diniz



Foto 02. Aldeia Pilade Rebuá, Cultivo de Mandioca – **Autor:** Laryssa Wolff Diniz



Foto 03. Aldeia Pilade Rebuá, Cultivo de Mandioca – **Autor:** Laryssa Wolff Diniz



Foto 04. Aldeia Pilade Rebuá, Plantação de Tomate – **Autor:** Laryssa Wolff Diniz



Foto 05. Aldeia Pilade Rebuá, Plantação de Abóbora – **Autor:** Laryssa Wolff Diniz



Foto 06. Aldeia Pilade Rebuá, Placa de Identificação da Comunidade – **Autor:** Laryssa Wolff Diniz



Foto 07. Aldeia Pilade Rebuá, casa em alvenaria – **Autor:** Laryssa Wolff Diniz



Foto 08. Centro de Educação Infantil Aldeia Pilade Rebuá – **Autor:** Laryssa Wolff Diniz



Foto 09. Cozinha Centro de Educação Infantil Aldeia Pilade Rebuá – **Autor:** Laryssa Wolff Diniz



Foto 10. Livros didáticos no Centro de Educação Infantil Aldeia Pilade Rebuá – **Autor:** Laryssa Wolff Diniz

**ANEXO II - Tabela: Terras indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul e
as etapas do procedimento de demarcação.**

TERRA INDÍGENA	ETNIA	UF	MUNICÍPIO	SUPERFÍCIE(ha)	FASE DO PROCEDIMENTO	MODALIDADE
Água Limpa	Terena	MS	Rochedo	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Aldeia Limão Verde	Guarani Kaiowá	MS	Amambaí	668,0796	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Amambai	Guarani Kaiowá	MS	Amambaí	2.429,55	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Apapeguá	Guarani Kaiowá	MS	Ponta Porã	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Arroio-Korá	Guarani Kaiowá	MS	Paranhos	7.175,77	Homologada	Tradicionalmente ocupada
Boqueirão-MS	Guarani Kaiowá	MS	Paranhos	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Buriti	Terena	MS	Dois Irmãos do Buriti, Sidrolândia	17.200,00	Declarada	Tradicionalmente ocupada
Buriti	Terena	MS	Dois Irmãos do Buriti, Sidrolândia	2.090,17	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Buritizinho	Guarani Kaiowá	MS	Sidrolândia	9,7428	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Caarapó	Guarani Kaiowá	MS	Caarapó	3.594,42	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Cachoeirinha	Terena	MS	Miranda	36.288,00	Declarada	Tradicionalmente ocupada
Cachoeirinha	Terena	MS	Miranda	2.658,16	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Cerrito	Guarani Nhandeva	MS	Eldorado	1.950,98	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Dourados	Guarani Nhandeva , Guarani Kaiowá, Terena	MS	Dourados, Itaporã	3.474,60	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Dourados- Amambaipaguá I	Guaraní	MS	Amambai, Dourados, Naviraí	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Dourados- Amambaipaguá II	Guaraní	MS	Amambai, Dourados, Naviraí, Caarapó, Juti, Laguna Carapã	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Dourados- Amambaipaguá III	Guaraní	MS	Dourados, Caarapó	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Dourados- Amambaipaguá IV	Guaraní	MS	Dourados	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Garcete Kuê	Guaraní	MS	Sete Quedas	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada

Guaimbé	Guarani Kaiowá	MS	Laguna Carapã	716,9316	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Guaivry-Joyvy	Guarani Kaiowá	MS	Ponta Porã	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Guasuti	Guarani Kaiowá	MS	Aral Moreira	958,7993	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Guató	Guató	MS	Corumbá	10.984,79	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Guyraroká	Guarani Kaiowá	MS	Caarapó	11.440,00	Declarada	Tradicionalmente ocupada
Iguatemipegua I	Guarani Kaiowá	MS	Iguatemi	41.571,00	Delimitada	Tradicionalmente ocupada
Iguatemipegua II	Guarani Kaiowá	MS	Amambai, Aral Moreira, Coronel Sapucaia, Dourados, Iguatemi, Paranhos e Tacuru	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Iguatemipegua III	Guarani Kaiowá	MS	Tacuru	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Jaguapiré	Guarani Kaiowá	MS	Tacuru	2.342,02	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Jaguari	Guarani Kaiowá	MS	Amambaí	404,7055	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Jarara	Guarani Kaiowá	MS	Juti	479,0728	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Jatayvari	Guarani Kaiowá	MS	Ponta Porã	8.800,00	Declarada	Tradicionalmente ocupada
Kadiwéu	Kadiwéu, Terena, Kiinknau	MS	Corumbá, Porto Murtinho	538.535,78	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Laguna Piru	Guaraní	MS	Eldorado	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Lalima	Terena, Kinikinau	MS	Miranda	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Lalima	Terena, Kinikinau	MS	Miranda	3.000,21	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Laranjeira Nhanderu	Guaraní Kaiowá	MS	Rio Brilhante	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Limão Verde	Terena	MS	Aquidauana	5.377,28	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Mocajá	Guaraní	MS	Amambai, Coronel Sapucaia, Paranhos e Tacuru	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Ñande Ru Marangatu	Guarani Kaiowá	MS	Antônio João	9.317,22	Homologada	Tradicionalmente ocupada
Nioaque	Terena	MS	Nioaque	3.029,35	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Nossa Senhora de Fátima	Terena	MS	Miranda	88,888	Regularizada	Reserva Indígena
Ofayé-Xavante	Ofayé	MS	Brasilândia	1.937,63	Declarada	Tradicionalmente ocupada
Ofayé-	Ofayé	MS	Brasilândia	484	Regularizada	Reserva Indígena

Xavante						
Panambi - Lagoa Rica	Guarani Kaiowá	MS	Douradina, Itaporã	12.196,00	Delimitada	Tradicionalmente ocupada
Panambizinho	Guarani Kaiowá	MS	Dourados	1.272,80	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Pilad Rebuá	Terena	MS	Miranda	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Pilad Rebuá	Terena	MS	Miranda	208,3702	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Pirajuí	Guarani Nhandeva	MS	Paranhos	2.118,23	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Pirakua	Guarani Kaiowá	MS	Bela Vista, Ponta Porã	2.384,06	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Porto Lindo	Guarani Nhandeva	MS	Japorã	1.648,89	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Potrerito	Guaraní	MS	Paranhos, Tacuru e Sete Quedas	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Potrero Guaçu	Guarani Nhandeva	MS	Paranhos	4.025,00	Declarada	Tradicionalmente ocupada
Rancho Jacaré	Guarani Kaiowá	MS	Laguna Carapã	777,5349	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Sassoró	Guarani Kaiowá	MS	Tacuru	1.922,64	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Sete Cerros	Guarani Nhandeva , Guaraní Kaiowa	MS	Paranhos	8.584,72	Homologada	Tradicionalmente ocupada
Sombrerito	Guarani Nhandeva	MS	Sete Quedas	12.608,00	Declarada	Tradicionalmente ocupada
Sucuriy	Guarani Kaiowá	MS	Maracaju	535,1047	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Takuaraty/Yvykuarusu	Guarani Kaiowá	MS	Paranhos	2.609,09	Homologada	Tradicionalmente ocupada
Taquaperi	Guarani Kaiowá	MS	Coronel Sapucaia	1.776,96	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Taquara	Guarani Kaiowá	MS	Juti	9.700,00	Declarada	Tradicionalmente ocupada
Taunay/Ipegue	Terena	MS	Aquidauana	33.900,00	Delimitada	Tradicionalmente ocupada
Taunay/Ipegue	Terena	MS	Aquidauana	6.461,35	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
Vitói Kuê	Guaraní	MS	Japorã e Mundo Novo	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Ypoi / Triunfo	Ñhandeva	MS	Paranhos	0	Em Estudo	Tradicionalmente ocupada
Yvy-Katu	Ñhandeva	MS	Japorã	9.494,16	Declarada	Tradicionalmente ocupada

Fonte: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

**ANEXO III – Ementa do Acórdão Comunidade Indígena Panará
(KreenAkarore)**

EMENTA

INDÍGENA E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. COMUNIDADE INDÍGENA PANARÁ (KREEN-AKARORE). DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONSTRUÇÃO DA BR-080 E DA BR-163. REMOÇÃO PARA O PARQUE NACIONAL INDÍGENA DO XINGU. LEI N. 6.001/73 (ESTATUTO DO ÍNDIO), ARTS. 2º, 7º, 20 E 34. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONDUTA CULPOSA COMISSIVA E OMISSIVA RECONHECIDAS. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. MONTANTE DA INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO EM VALOR NÃO EXCESSIVO.

1. De acordo com o artigo 168, III, do Código Civil, não corre a prescrição entre os tutelados e os seus tutores durante a tutela, o que se aplica aos silvícolas de acordo com o artigo 6º, parágrafo único, do Código Civil c/c o artigo 7º do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73).
2. Regra especial que deve preferir à regra geral que estabelece prescrição quinquenal em favor da Fazenda Pública Federal (Decreto nº 20.910/32, art. 1º).
3. Inocorrência da prescrição, de qualquer modo, pelo fato da cessação dos danos haver ocorrido em 1994 e a ação haver sido ajuizada em 1996, ou pela consideração de que se a violação do direito é continuada, de tal forma que os atos se sucedem encadeadamente, a prescrição somente corre a contar do último deles.
4. Sentença que atribuiu responsabilidade solidária à União e à FUNAI sobre os danos sofridos pela Comunidade Indígena Panará após o contato inaugural, nos idos de 1973, durante a permanência no Parque Nacional Indígena do Xingu, para onde os seus membros restante foram removidos em 1975, e até a transferência dos mesmos, em 1994, para área remanescente do território originalmente ocupado.
5. Existência de comprovação da conduta culposa omissiva e comissiva, por parte das Rés, e do nexo de causalidade desta conduta com os danos sofridos, consistentes basicamente na morte da maioria dos membros da Comunidade e na desagregação social e moral dos membros restantes.
6. A indenização fixada na sentença para os danos morais deve compreender tanto os danos relativos à desagregação social da comunidade quanto os danos derivados das mortes de que cuida a Inicial, sendo razoável sua limitação ao montante de quatro mil salários mínimos, antes a ausência de qualquer exercício atividade lucrativa por parte dos índios Panarás e a necessidade de evitar a condenação em valor excessivo.
7. Apelações a que se nega provimento. Remessa a que se dá parcial provimento.