



O DIREITO ÀS TERRAS INDÍGENAS À LUZ DA LEGISLAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

THOMPSON, Mariana de Medeiros

Mestranda do Programa do Curso de Pós-graduação em Sociologia e Direito da UFF – Niteroi - RJ
marianthb@yahoo.com.br

390

COSTA, Livia Gonçalves da

Mestranda do Programa do Curso de Pós-graduação em Sociologia e Direito da UFF – Niteroi – RJ
livia_gcosta@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho visa à exposição de abordagem normativa a respeito da demarcação das terras indígenas no Brasil que é amplamente tratado tanto na jurisprudência dos Tribunais Superiores, quanto na seara governamental, mas também no meio acadêmico. Nesse viés, busca promover revisão bibliográfica doutrinária com exposição das principais legislações esparsas vigentes, ressaltando a importância da Constituição Federal e das Convenções Internacionais acerca do tema. O andamento deste artigo tratará dos povos indígenas, sem privilegiar, contudo, análises de estudos de casos particulares. Posteriormente, cuidará de colacionar os entendimentos mais recentes da Suprema Corte, objetivando identificar possíveis avanços e/ou retrocessos na luta pela consolidação desse Direito por esses povos tradicionais, o que provocará, via de consequência, inquietação no leitor proporcionando sua reflexão sobre o real alcance da norma.

Palavras-chaves: Constituição. Indígenas. Terras.

ABSTRACT

The present work aims to exhibit normative approach regarding the demarcation of indigenous lands in Brazil that is widely treated both in the jurisprudence of the Superior Courts, as the government harvest, but also in academia. This bias, seeks to promote doctrinal literature review of the main exposure sparse existing laws, stressing the importance of the Constitution and International Conventions on the subject. The progress of this article will deal with indigenous peoples, without privileging, however, analyzes of studies of particular cases. Subsequently, take care of collate the most recent understandings of the Supreme Court in order to identify possible improvements and / or setbacks in the struggle for consolidation of this law by those traditional peoples that will result, as a consequence, player unrest in providing its reflection on the actual range the norm.

Keywords: Constitution. Indigenous. Lands.



1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por finalidade trazer à tona discussão pulsante e constantemente veiculada nos principais meios de comunicação, sendo pauta de debate na seara governamental e no meio acadêmico, ou seja, o Direito às Terras Indígenas e a sua demarcação no Brasil.

Para tanto, a metodologia escolhida busca fontes de dados com base em pesquisa bibliográfica dos principais livros doutrinários, de dados estatísticos, da legislação em vigor, de artigos científicos recentes e de material pesquisado em “sites” acadêmicos e de entidades governamentais.

Nesse viés, abre-se o desenvolvimento com o especial interesse didático de situar o leitor na identificação inicial do protagonista e ator social neste cenário escolhido que é o povo indígena e, assim, traçar a diferença essencial entre os conceitos de terra e território indígena.

Em seguida, os contornos desta proposta de trabalho se tornam mais evidentes com a exposição da Constituição Federal, principal alicerce desse Direito, sem, deixar de levar em conta a gama dos demais diplomas legais pertinentes.

Em momento posterior, abordam-se as principais legislações esparsas, a citar a Lei Ordinária: Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) e o Decreto 1775/1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas.

O ponto máximo deste arrazoado está na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas para revelar sua importância nas questões aqui tratadas, em cotejo, obviamente, com a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos Indígenas.

Por fim, diante da revelação de todo o acervo legal sobre a matéria e cientes das normas nacionais e internacionais vigentes, são trazidos à baila os julgados do STF, visando à provocação de reflexão entre o Direito posto e o Direito efetivo, materializado, concretizado ou não, a fim de verificar possíveis evoluções e/ou retrocessos na luta desse Direito pelos povos tradicionais.



2. O CONCEITO HISTÓRICO DE TERRAS INDÍGENAS

Nesta abertura, é apropriada a conceituação de indígena, na visão de SILVA¹:

O Índio seria aquele ser pertencente a uma comunidade indígena, sendo esta, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil, um grupo local pertencente a um povo que se considera segmento distinto da sociedade nacional, por conta da consciência de sua continuidade histórica em sociedades pré-coloniais.

Há séculos as terras indígenas são protagonistas no palco das discussões jurídicas no Brasil e que, inicialmente, foram protegidas desde o período colonial. A esse respeito, dirá o professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho² que:

O Brasil colonial conheceu normas jurídicas que garantiram este direito, como o Alvará de 1º. de abril de 1680 que declarava que as sesmarias concedidas pela Coroa Portuguesa não poderiam desconstituir os direitos dos índios sobre as suas terras, que possuíam como ‘primários e naturais senhores delas’. É que as sesmarias eram concedidas sempre ressalvado o direito de terceiro, e, dizia o Alvará, com muito mais razão o direito dos Índios.

Não obstante isso, durante muitos anos, este país alimentou a mentalidade colonialista de que os índios deveriam ser expulsos de suas terras, o que gerou inúmeros casos. No entanto, com o advento do Estatuto do Índio (Lei n.6.001/1973) e depois com as mudanças provocadas pela CRFB/1988 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais conhecida como Constituição Cidadã, os Direitos Indígenas ganharam novas feições.

Para que se possa entender com exatidão a concepção do que seja terra indígena, é necessário buscar na antropologia a essência desse conhecimento nas palavras de Dominique Tilkin Gallois³:

Como expuseram vários estudos antropológicos, a diferença entre ‘terra’ e ‘território’ remete a distintas perspectivas e atores envolvidos no processo de reconhecimento e demarcação de uma Terra Indígena. A noção de ‘Terra Indígena’ diz respeito ao processo político-jurídico conduzido sob a égide do Estado, enquanto a de “território” remete à construção e à vivência, culturalmente variável, da relação entre uma sociedade específica e sua base territorial.

¹ SILVA, Winicius Faray da. O árduo processo de demarcação de terras indígenas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3952, 27 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27934>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

² SOUZA FILHO, C.F.Marés de. O renascer dos povos indígenas para o direito.1ª. ed. 8ª.reimpressão. Paraná: Juruá, 1998, p.124

³ Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades? In Fany Ricardo. (Org). Terras Indígenas & Unidades de Conserva o da Natureza.1 ed.São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, v., p.37-41



Nesse passo, o Procurador da República, Edilson Vitorelli⁴ dirá: “*A relação do índio com a terra é uma relação de vida, de cultura, que deságua em agricultura extensiva, na coleta dos frutos da terra e no respeito*”. Mais adiante, o autor ainda tratará da problemática que gira em torno do tema, trazendo à lúmen a seguinte reflexão:

O problema é que a manutenção dessa relação cultural com a terra exige uma dimensão territorial considerável. Não é possível caçar, pescar ou praticar o extrativismo em uns poucos hectares. Todavia, a incompreensão dessa especial relação do índio com a terra, assim como de que ela é essencial para a manutenção da cultura indígena e, logo, para permitir a continuidade de sua existência como índio, tem feito com que índios continuem, inclusive com o beneplácito do Poder Judiciário, sendo expulsos das terras que ocupam.

3. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E AS TERRAS INDÍGENAS

Quando se trata de abordar a extensão do conceito de território indígena, automaticamente, recorreremos à CRFB/1988⁵ que discorre no Capítulo VIII especificamente sobre os Direitos Indígenas em geral, nos artigos 231 e 232, os quais são transcritos parcialmente abaixo:

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

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

Dessa forma, a Constituição de 1988 admitiu que os índios são, reconhecidamente, os primeiros povos no exercício de posse da terra muito antes da colonização, logo, devem ser considerados os senhores originários dessa terra, advindo daí o nascimento do Direito de uso e gozo de seu território com o objetivo de sua preservação física e cultural, protegendo, ademais,

⁴ VITORELLI, Edilson. Estatuto do Índio Lei n.6.001/1973:Dicas para realização de provas de concurso artigo por artigo.2ª.ed.rev.atual.ampl. —Bahia: JusPodivm, 2013,p.116



seus costumes, tradições, o que pode ser compreendido como a própria sobrevivência de um povo. Em razão disso, é possível constatar que os índios são destinatários do Direito de ocupação de suas terras de forma permanente, exclusiva e vitalícia.

O Direito às terras indígenas consagrou-se antes da CRFB de 1988, sendo tratado na Constituição de 1934, considerada o marco da constitucionalização das garantias às terras indígenas que trazia no artigo 129 o seguinte comando: “*Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se acharem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las*”.⁶

Entretanto, destaca-se que a Constituição de 1988 afirma categoricamente que apesar do usufruto vitalício das terras concedidas às populações indígenas, essas mesmas terras são de propriedade da União, conforme apregoa o art.20, XI⁷ que dispõe que: “*São bens da União: XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*”.

Por fim, vale citar os outros artigos da CRFB/1988 referentes aos demais Direitos Indígenas: 20, XI; 22, XIV; 49, XVI; 109, XI; 129, V; 176, §1º; 210, §2º; 215, §1º; 231; 232 e art. 67 do ADCT.

4. O TRATAMENTO DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL SOBRE AS TERRAS INDÍGENAS

Como já dito, o Estatuto do Índio (Lei 6.001, de 19 dezembro de 1973), apesar de trazer em seu bojo conceitos ultrapassados, ainda se mostra vigente e é tido como um dos instrumentos de regulamentação dos Direitos Indígenas no Brasil.

No entanto, é preciso ter em mente uma visão avançada a respeito do entendimento mais atual acerca dos povos indígenas, pensamento que colide com a terminologia empregada no Estatuto e com suas ideias centrais estagnadas no tempo e, portanto, entremeada de termos obsoletos, conforme nos ensina Edilson Vitorelli⁸:

⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Cláudio de Oliveira Brandão. 13.ed. Rio de Janeiro: Lei Nova Edições, 2012

⁶ VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio Lei n.6.001/1973:Dicas para realização de provas de concurso artigo por artigo*. 2ª.ed.rev.atual.ampl. —Bahia: JusPodivm, 2013, p.113.

⁷ BRASIL. *Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização de Cláudio de Oliveira Brandão. 13.ed. Rio de Janeiro: Lei Nova Edições, 2012

⁸ VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio Lei n.6.001/1973:Dicas para realização de provas de concurso artigo por artigo*. 2ª.ed.rev.atual.ampl. —Bahia: JusPodivm, 2013, p.23.



o primeiro alerta para quem inicia os estudos se dirige para questão da terminologia. Expressões como silvícola, tribo, aldeia, integrado, não integrado ou em vias de integração devem ser evitadas. O melhor é utilizar apenas o termo índio ou indígena e as designações comunidade indígena ou grupo indígena.

Dito isso, o esforço da sociedade não-indígena deve buscar ampliar os seus horizontes para desenvolver mentalidade aberta, respeitando o auto-reconhecimento, a autodeterminação, a jusdiversidade, a cultura e os costumes indígenas. Por essa razão, nascerá reflexão de clareza solar que entende que a cultura indígena não deve ser considerada inferior, mas que os índios têm o direito de mantê-la ou mesmo de incorporar a ela novos elementos à sua livre escolha.

Nesse passo, a Convenção 169 da OIT da qual o Brasil é signatário, assim como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a serem introduzidas no capítulo subsequente, são consideradas documentos inovadores de visão profundamente humanística sobre os reais direitos indígenas e que devem ser considerados instrumentos norteadores de toda e qualquer discussão no tocante a esse tema.

Neste momento, passe-se à exposição do elenco de dispositivos atinentes ao Direito às terras indígenas, regulamentado no Estatuto do Índio (Lei 6.001, de 19 dezembro de 1973)⁹.

A pertinência temática no estatuto encontra guarida a partir do Título III: “Das Terras Indígenas”, que está estruturado em cinco importantes capítulos normativizados pelos artigos 17 ao 37.

Vale ressaltar que muito embora, cronologicamente, o Estatuto tenha sido criado anteriormente à CRFB/1988, o referido diploma foi recepcionado pela Constituição Cidadã, motivo pelo qual vige normalmente produzindo seus efeitos legais.

Trata o Capítulo I das “Disposições Gerais”, que é constituído pelos artigos 17 ao 21. O art.17 e seus incisos têm por função descrever as terras indígenas, afirmando que são aquelas habitadas ou ocupadas por “silvícolas”; as áreas reservadas (Capítulo III deste Título) e as de terras de domínio das comunidades indígenas.

Em seguida, o art.18 traz vedação quanto à possibilidade de que essas terras sejam objeto de arrendamento ou negócio jurídico que obste o exercício pleno da posse. Nesse

⁹ BRASIL, *Lei 6.001, de 19 dezembro de 1973*. Dispõe sobre Estatuto do Índio. Publicado no Diário Oficial da União, Brasília, 21 de dez. 1973



diapásão, é proibida, inclusive, a pesca, a caça, a coleta de frutos e as atividades da agropecuária ou a extrativa por pessoas estranhas a esses povos tradicionais.

O art.19 determinará que o processo de demarcação das terras indígenas será regulado pelo Decreto 1775/96 e orientado pelo órgão de assistência ao índio.

Encerrado o primeiro capítulo, o art.21 fará referência à possibilidade de intervenção da União, em caráter experimental, em áreas indígenas, por meio de decreto do Presidente da República, cujas condições constam no elenco dos parágrafos desse artigo.

Mais adiante, o Capítulo II: “Das Terras Ocupadas”, lastreado pelos artigos 22 ao 25, fundamentalmente discorrerá sobre a posse permanente das terras indígenas pelo usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades dessas terras que por serem de propriedade da União são inalienáveis. Além dessas determinações, conceitua-se o que é posse indígena e a ocupação efetiva da terra, na prática dos usos, costumes e tradições, sendo indispensável a posse da terra para sua subsistência ou utilidade econômica.

O usufruto, dessa maneira, também abrangerá os acessórios e seus acréscidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais existentes nas terras ocupadas, garantindo-se a exclusividade da caça e da pesca à população tradicional.

Por fim, o art.25 esclarece que o direito ao reconhecimento da posse permanente às comunidades indígenas independerá de sua demarcação nos termos do art.198 da CRFB/1967, inserido pela EC 01 de 17/10/1969, sendo assistidos pelo órgão federal de assistência aos índios, observado o consenso sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo de outras medidas cabíveis.

Já o Capítulo III: “Das Áreas Reservadas”, composto pelos artigos 26 a 31, os quais determinam que a União estabelecerá, em qualquer parte do território nacional, áreas distintas à posse e à ocupação pelos índios, sendo possível a sua organização nas seguintes modalidades: de reserva indígena, parque indígena, colônia agrícola indígena ou território federal indígena.

O art. 27 conceitua Reserva Indígena como sendo área destinada a servir de habitat a grupos indígenas, com os meios suficientes à sua subsistência.

Quanto ao art.28, este traz a definição de Parque Indígena que deve ser compreendido como a área contida em terra para posse dos índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as belezas naturais da região.



Por último, o art.29 define Colônia Agrícola a partir de uma área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo órgão de assistência ao índio, em que convivam comunidades indígenas e membros da comunidade não-indígena. Em seguida, o art.30 explica que o Território Federal Indígena é a unidade administrativa subordinada à União, instituída em região na qual pelo menos um terço da população seja formada por índios, sendo certo que as demais disposições deste Capítulo são jungidas ao art. 198 da CRFB/1967, inserido pela EC 01 de 17/10/1969.

Quando se fala no Capítulo IV: “Das Terras de Domínio Indígena”, formado pelos artigos 32 a 33, o conteúdo dos dispositivos adentra a seara do Código Civil Brasileiro de 1916, à época vigente, cabendo-lhe dizer que as terras havidas pelos meios de aquisição da propriedade seriam de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena.

Enquanto que o art.33 revela a possibilidade de exercício de instituto similar ao da usucapião, pois afirma que o índio que ocupe como próprias terras inferior a cinquenta hectares terá adquirida a propriedade plena, ressalvadas as terras de domínio da União, ocupadas por comunidades indígenas de que trata esta Lei.

O Capítulo V é o último e possui o seguinte título: “Da Defesa das Terras Indígenas”, disciplinado pelos artigos 34 a 37, cujo rol evidencia conteúdo de proteção e concretização do Direito à terra às comunidades tradicionais.

Assim, o art.34 afirma que o órgão federal de assistência ao índio poderá solicitar a colaboração das Forças Armadas e auxiliares da Polícia Federal, para assegurar a proteção das terras ocupadas pelos índios e pelas comunidades indígenas.

No tocante aos aspectos jurídicos e extrajudiciais, o objetivo do art.35 se mostra inequívoco, ao conferir a garantia do exercício do direito à defesa indígena pelo órgão federal de assistência, um dos legitimados para esse mister.

O art.36 é categórico ao dizer que competirá à União adotar as medidas administrativas ou propor, através do MPF, as ações judiciais apropriadas à proteção da posse dos “silvícolas” sobre as terras que habitam, ressalvadas as medidas judiciais previstas neste artigo, caso sejam propostas pelo órgão federal de assistência, ou contra ele, a União será litisconsorte ativa ou passiva.

Sobre o art. 37, este se refere à hipótese de que as comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, com a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio.



Ao final, o art.38 dirá que as terras indígenas são inusucapíveis e sobre elas não poderá recair desapropriação, com exceção do previsto neste artigo.

5. A CLASSIFICAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS E O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO

Os dados estatísticos e os demais termos a seguir foram extraídos do “site” do IBGE, baseado em informações concedidas pela FUNAI¹⁰, em 19 de julho de 2014, com alicerce legal no Decreto 1775/96¹¹ e em comunhão com o Estatuto do Índio em que é possível constatar a classificação das Terras Indígenas.

Desse modo, as Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas são aquelas examinadas no art. 231 da CRFB de 1988, em que se reconhece o direito originário desses povos tradicionais, cujo processo de demarcação vem a ser disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96.

Diferentemente, as Reservas Indígenas possuem origem na doação de terras por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, destinadas à posse permanente dos grupos indígenas. Nesse sentido, importante observar que são terras que pertencem ao patrimônio da União, todavia não se confundem com as terras de ocupação tradicional.

Sobre as Terras Dominais, elas realmente são de domínio/propriedade das comunidades indígenas, adquiridas com base na legislação civil.

No tocante às Terras Interditadas, elas podem ser compreendidas como extensões de terras interditadas pela FUNAI em caráter protetivo aos povos e grupos indígenas isolados, com proibição de ingresso e trânsito de terceiros na área. A interdição da área pode ser realizada simultaneamente ou não com o processo de demarcação, regida pelo Decreto n.º 1775/96 que expõe as fases do Processo Administrativo, em resumo, conforme se vê a seguir:

Inicialmente, o órgão de assistência ao índio designará grupo formado pelos servidores do quadro funcional, coordenado por antropólogos para realização de estudos, quais sejam: históricos da etnia local, cartográficos, jurídicos, sociológicos, ambientais e de cunho fundiário

¹⁰ <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>, em 19/07/2014, às 14h27min

¹¹ BRASIL, *Decreto 1.775 de 08 de janeiro de 1996*. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União, Brasília, 09 de jan. 1996.



que embasarão a identificação e a delimitação da terra indígena, com a participação, em todas as fases, do grupo indígena envolvido devidamente representado.

Posteriormente, uma vez finalizados os trabalhos de identificação e de delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado à presidência do órgão federal de assistência para aprovação da terra indígena demarcada.

Em seguida, a conclusão dos estudos será publicada no Diário Oficial da União e do Estado, juntamente com o memorial descritivo e o mapa da área, cuja publicação deverá ser afixada na sede Prefeitura da situação do imóvel. Cabe esclarecer que essa também vem a ser a fase do contraditório administrativo, em que facultará aos Estados e aos municípios e demais interessados, manifestarem-se apresentando suas defesas munidas de provas, enviando-as ao órgão federal para decisão da expedição de Portaria Declaratória da posse tradicional indígena.

Uma vez encerrado o prazo, o órgão de assistência encaminhará o procedimento ao Ministério da Justiça, que, em 30(trinta) dias, no caso de decisão positiva acerca da demarcação, declarará os limites das terras demarcadas mediante portaria, exigindo as diligências necessárias que deverão ser cumpridas em noventa dias. Nessa fase, serão colocados os marcos e o georreferenciamento que é a atribuição das coordenadas geográficas. A partir daí, inicia-se a fase de homologação das terras cuja demarcação administrativa foi homologada por meio de decreto Presidencial.

Em consequência disso, passa-se à fase da regularização após o decreto de homologação, as terras são registradas em Cartório em nome da União, ente que realmente detém o seu domínio e também na Secretaria do Patrimônio da União e, desse longo processo, poderá haver áreas interdidas, com restrições de uso e ingresso de terceiros, para a proteção de povos indígenas isolados.

Importante observação encontra-se na constituição das Reservas Indígenas que obedece às seguintes etapas do processo de regularização fundiária:

São encaminhadas como RI (Reserva Indígena) as áreas que estiverem em fase de procedimento administrativo com finalidade de sua aquisição (compra direta, desapropriação ou doação).

Uma vez regularizadas as áreas adquiridas, resguardadas pela providência do registro em nome da UF, tem-se a destinação plena da posse e do usufruto exclusivos aos povos indígenas, incluindo-se, neste item, a área dominial.



Abaixo o quadro demonstrativo, extraído do site do IBGE com dados fornecidos pela FUNAI que dimensiona em hectares as terras sujeitas ao processo administrativo.

O Estado brasileiro tem 8.515.767 km² de extensão territorial, o que equivale a 851 milhões de hectares. A parcela destinada às terras indígenas no Brasil ocupa uma área de aproximadamente 1.100.000 km² de extensão, o que seria comparado a um espaço territorial maior do que a França e do Reino Unido juntos.

A seguir também é possível examinar tabela extraída do site do IBGE¹² com base nos dados concedidos pela FUNAI a respeito da situação da regularização das terras indígenas.

Grandes Regiões	Nº de Terras	Superfície (ha)
Em estudo	115	0
Delimitada	30	2 024 366
Declarada	51	2 679 132
Homologada	12	513 762
Regularizada	428	104 616 529
Reserva Indígena	36	44 358

Fonte: Tabela: IBGE – Terras (FUNAI dezembro de 2013).

6. AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E OS TERRITÓRIOS INDÍGENAS

Como mencionado anteriormente, é inegável a relevante contribuição para os Direitos Indígenas da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais e da Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos Indígenas, entendidas as referidas normas como as atrizes principais da valorização e do reconhecimento dos direitos desses povos tradicionais.

Sobre a Convenção 169 da OIT, o professor PRETTI¹³, em sua compilação normativa, expõe literalmente o que foi discutido na Conferência Internacional do Trabalho.

Nesse sentido, o texto preambular da convenção reúne as razões que motivam os anseios desses povos tradicionais, conforme se observa adiante:

¹² Disponível em:

<http://teen.ibge.gov.br/mao-na-roda/protecao-ao-meio-ambiente-unidades-de-conservacao-e-terras-indigenas>, às 6h40min

¹³ PRETTI, Gleibe. *Direito Internacional do trabalho e convenções da OIT ratificadas pelo Brasil*. São Paulo: Ícone, 2009, p.538.



(...) a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores. Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram.

Diante disso, necessário transitar pelo art. 14, 1 da Convenção 169 da OIT que trata especificamente do reconhecimento dos direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam os povos indígenas. Ademais, também é resguardado o direito dos povos indígenas de utilização das terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas das quais possam se servir em razão de sua sobrevivência, assim como para desenvolver suas atividades tradicionais. Ao lado da Convenção 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos Indígenas¹⁴, em seu Anexo, fortalece as disposições constitucionais pátrias, senão vejamos o que dispõe o seu anexo:

(...) Preocupada com o fato de os povos indígenas terem sofrido injustiças históricas como resultado, entre outras coisas, da colonização e da subtração de suas terras, territórios e recursos, o que lhes tem impedido de exercer, em especial, seu direito ao desenvolvimento, em conformidade com suas próprias necessidades e interesses,
Reconhecendo a necessidade urgente de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, que derivam de suas estruturas políticas, econômicas e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e de sua concepção da vida, especialmente os direitos às suas terras, territórios e recursos(...)

Além do anexo, outros artigos regulam o direito às terras indígenas ao longo da Declaração das Nações Unidas, quais sejam, o art.8º, 1, b em que se apregoa o direito dos grupos indígenas de não sofrerem assimilação forçada ou destruição de sua cultura, nem a subtração de suas terras, territórios ou recursos, nem de serem forçados a deixarem suas terras ou territórios nos termos do art.10.

Vale dizer ainda que todos os três itens (1, 2 e 3) do art. 26 comungam dos mesmos preceitos para dizer que os povos indígenas têm direito às terras, aos territórios e aos recursos que possuam e ocupem tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido. Do mesmo modo, têm direito a possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e



recursos, sendo certo que os Estados, por sua vez, serão os reconhecedores desses direitos, conferindo proteção jurídica a essas terras, territórios e recursos, respeitando os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos grupos indígenas.

O art.28, por sua vez, prevê a possibilidade de reparação de danos aos povos indígenas quando violados os seus direitos, figurando a possibilidade de indenização por meio da concessão de terras, territórios ou outros recursos de igual qualidade.

Encontram-se no art.29, no mesmo diploma, medidas de proteção do meio ambiente e de conservação relativos à capacidade produtiva de suas terras, territórios e recursos, sendo de responsabilidade do Estado adotar medidas efetivas para evitar o armazenamento de materiais perigosos em suas terras ou territórios, sem concordância prévia, livre e informada.

A partir do art.30 verifica-se a proibição de atividades militares em suas terras, a menos que essas atividades sejam justificadas por um interesse público relevante ou decididas com os povos indígenas interessados. No mesmo bojo, exige-se a consulta aos grupos indígenas interessados em particular ou por meio de suas entidades representativas.

Por fim, o art.32 privilegiará o direito de que os povos indígenas possam decidir sobre as estratégias relativas ao desenvolvimento do uso de suas terras, territórios e recursos naturais.

Com isso, é de se perceber a autonomia concedida pelos diplomas internacionais a essas populações tradicionais no sentido de avocarem para si o direito ao rumo que darão sobre própria condição cultural, de subsistência e demais aspectos de vida em suas terras.

7. O POSICIONAMENTO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Quando se fala em “Demarcação de Terras Indígenas”, vem à tona rica discussão existente na doutrina nacional e internacional sobre o conceito de território e de como ele influencia na vida e na própria definição de uma comunidade tradicional.

A respeito disso, não se pode deixar de citar caso emblemático, o mais importante precedente sobre a “Demarcação de Terras Indígenas” que vem a ser o famoso caso Raposa Serra do Sol, em que o Supremo Tribunal Federal espelhou sua total falta de conhecimento

¹⁴ BRASIL, *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas.*, Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008, p.4-5.



interdisciplinar no tocante às ciências sociais como a antropologia e a sociologia, o que culminou com o insucesso do julgado e ausência do olhar voltado para os Direitos Indígenas.

Apesar disso, não há dúvidas de que deve ser considerado julgado capaz de influenciar todos os demais casos semelhantes por ter sido o de maior repercussão.

Em síntese, o caso Raposa Serra do Sol descrito por VITORELLI¹⁵ trata de ação popular ajuizada por indivíduo do Estado de Roraima com base na declaração de nulidade da Portaria do Ministro da Justiça 534/2005, que demarcou de modo contínuo a terra indígena, e do decreto presidencial homologatório atinente a ele. A nulidade, portanto, decorreria de vícios do processo administrativo de demarcação a citar: insuficiência da oitiva dos interessados, parcialidade da perita etc. Sustentou ainda que a demarcação contínua geraria efeitos econômicos desastrosos para o Estado de Roraima, pela restrição de grande extensão de suas terras, invadidas e utilizadas por produtores rurais. O STF, por sua vez, devido ao julgamento proferido na Reclamação 2.833 já havia decidido que a solução do caso estaria afeta a si, de modo que a ação popular passou a tramitar diretamente naquela corte. Após a contestação, a PGR se manifestou pela improcedência do pedido, não vislumbrando vícios na demarcação, sendo certo que a defesa do ato foi efetuada apenas pela União, tendo a FUNAI, curiosamente, requerido seu ingresso na lide, na qualidade de interessada, apenas depois de encerrada a instrução. Da mesma maneira, procedeu o Estado de Roraima, entretanto, ao lado do autor. Ambos juntaram, a destempo, inúmeros documentos, que acabaram sendo aceitos pelo STF. O Estado chegou a requerer estapafúrdio pedido de que o STF expedisse ordem para que a União se abstivesse de afetar quaisquer terras em sua área, independentemente da finalidade da afetação (indígena, ambiental, etc).

VITORELLI¹⁶ ainda arrematou tecendo exame sobre o julgamento do caso dizendo que:

“Boa parte dos direitos indígenas reconhecidos em norma já internalizada, a Convenção 169 da OIT, se viu reduzida a quase nada. Isso para sequer mencionar o estabelecido na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, sobre a qual tanta tempestade se fez, embora ela própria tenha tido o cuidado de expressamente vedar as interpretações separatistas. Perderam os índios o direito de consulta prévia em diversas hipóteses; o direito de construção da decisão no caso da

¹⁵ VITORELLI, Edilson. Estatuto do Índio Lei n.6.001/1973:Dicas para realização de provas de concurso artigo por artigo.2ª.ed.rev.atual.ampl. —Bahia: JusPodivm, 2013,p.214-216, 247.

¹⁶ VITORELLI, Edilson. Estatuto do Índio Lei n.6.001/1973:Dicas para realização de provas de concurso artigo por artigo.2ª.ed.rev.atual.ampl. —Bahia: JusPodivm, 2013, 247-248.



unidade de conservação, mantendo apenas o direito de opinar; o direito de se opor a empreendimentos públicos realizados em suas terras, que, na maioria dos casos, causam efeitos deletérios a sua organização; o direito de se opor ao livre trânsito policial e militar em suas áreas, o que pode ser perversamente utilizado contra seus costumes(...)” (grifo nosso)

Em sintonia com VITORELLI, é imprescindível também trazer à baila o artigo científico: “O Supremo tribunal federal e a diversidade social: estudo do caso raposa serra do sol”, no qual é feita análise detalhada sobre o caso, cujo resultado observou a insuficiência da perspectiva de representação argumentativa para legitimar as decisões do STF, conforme dirá SOARES¹⁷:

404

“(...) Registre-se que a existência de ‘poucas vozes’ foi superada nas condições citadas, ao ser estabelecido um diálogo institucional com segmentos do Estado brasileiro e a interferência nos direitos fundamentais das sociedades indígenas. Vale ressaltar que essa forma de ‘diálogo institucional’, com o seu sentido limitador, foi utilizada como instrumento na decisão do caso Raposa Serra do Sol por meio das aludidas condições, trazidas no voto do Ministro Menezes Direito. (...)”

Para tanto, apesar dessa frágil representação argumentativa decorrente da limitação da participação efetiva das sociedades indígenas no universo demarcatório, viabilizou-se o denominado ‘estatuto demarcatório’, o qual firma o desenho institucional do Tribunal como protagonista e limita as possibilidades de mecanismos de diálogo institucional e da própria diversidade social.

Prova evidente disso está nas liminares concedidas com relação a atos demarcatórios recentes nos Estados de Mato Grosso do Sul e Roraima, nos quais, por meio dos Mandados de Segurança números 28555, 28567 e 28574, em sua decisão monocrática, **o Presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro Gilmar Ferreira Mendes consolidou a noção clássica de posse como aquela existente efetivamente data da promulgação da Constituição Federal de 1988, desconhecendo o universo antropológico da posse indígena.**” (grifo nosso).

Os fragmentos acima representam a confirmação da falta de observância da normatividade da Convenção 169 da OIT da qual é signatário o Brasil, em razão de que seus preceitos nem de longe foram observados, ainda mais por ser ela o acervo normativo mais próximo da realidade e dos anseios das populações indígenas, o que revela retrocesso no *decisum* em análise.

Do mesmo modo, o Informativo n.: 625 do STF remete à posição conservadora emanada do STF:

¹⁷ SOARES, Bernardo et al. “O Supremo tribunal federal e a diversidade social: estudo do caso raposa serra do sol. In: *Confluências*, volume 12, número 2. Niteroi: PPGSD, outubro de 2012, p.01-31



“Lei 9.784/99 e demarcação de terras indígenas

A 1ª Turma desproveu recurso ordinário em mandado de segurança interposto de acórdão do STJ, que entendera legal o procedimento administrativo de demarcação de terras do grupo indígena Guarani Nandéva. Ao rechaçar a primeira alegação, aludiu-se à jurisprudência pacífica do Supremo no sentido de que o prazo de 5 anos para a conclusão de demarcação de terras indígenas não é decadencial, sendo a norma constante do art. 67 do ADCT meramente programática, a indicar ao órgão administrativo que proceda às demarcações dentro de um prazo razoável. **No tocante à aplicação subsidiária da Lei 9.784/99, asseverou-se que o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) seria legislação específica a regulamentar o mencionado procedimento administrativo.(...)”**. RMS 26212/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 3.5.2011. (RMS-26212)(grifo nosso)

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relevância deste trabalho teve o propósito de examinar a normatividade da legislação internacional e pátria acerca do Direito às Terras Indígenas para expô-las da forma que são.

A partir disso, evidenciou-se que as normas internacionais devem ser consideradas as mais atuais e melhor elaboradas, pois foram insculpidas no espírito da proteção de direitos aos seus destinatários, as populações indígenas. Entretanto, sequer são utilizadas como razões de decidir nas oportunidades em que os interessados buscam a prestação da tutela jurisdicional.

É de se notar a falta de aplicabilidade pelos juristas de uma consciência pautada na interdisciplinariedade das ciências que tocam Direito, no caso em comento: a antropologia, a sociologia, a história, dentre outras que possibilitem atingir a elaboração de uma decisão judicial mais adequada buscando a concretização do princípio da justiça, preservando a jusdiversidade e o multiculturalismo indígenas.

Assim, não é difícil entender que pela inobservância das normas internacionais, a sociedade indígena, real jurisdicionada carecedora do reconhecido desses direitos postos, ao final, é relegada à própria sorte, ao sabor da maré dos acontecimentos e obrigada a conviver sem proteção do Estado do qual faz parte. Desse modo, aos olhos dele são invisíveis.

Por tudo isso, é que o objetivo central deste artigo foi o de ressaltar a importância de provocar o leitor e a comunidade jurídica para o conteúdo das decisões judiciais brasileiras envolvendo o Direito às Terras Indígenas a partir do exame crítico da legislação vigente.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANIWA, Gersem. *A Conquista da cidadania indígena e o fantasma da tutela no Brasil Contemporâneo*. In: Alcinda Rita Ramos. *Constituições Nacionais e Povos Indígenas*. Belo Horizonte: UFMG; 2012, p.206 e 207

BRASIL. Constituição(1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização de Cláudio de Oliveira Brandão. 13.ed. Rio de Janeiro: Lei Nova Edições, 2012

BRASIL, *Lei 6.001, de 19 dezembro de 1973*. Dispõe sobre Estatuto do Índio. Publicado no Diário Oficial da União, Brasília, 21 de dez. 1973.

BRASIL, *Decreto 1.775 de 08 de janeiro de 1996*. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União, Brasília, 09 de jan. 1996.

BRASIL, *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas*. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008, p.3-4.

PRETTI, Gleibe. *Direito Internacional do trabalho e convenções da OIT ratificadas pelo Brasil*. São Paulo: Ícone, 2009.

RICARDO, Fany. *Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades?* Terras Indígenas & Unidades de Conservação da Natureza. 1 ed. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, v., p.37-41

SILVA, Winicius Faray da. O árduo processo de demarcação de terras indígenas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3952, 27 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27934>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

SOARES, Bernardo et al. "O Supremo tribunal federal e a diversidade social: estudo do caso raposa serra do sol. In: *Confluências*, volume 12, número 2. Niteroi: PPGSD, outubro de 2012, p.01-31

SOUZA FILHO, C.F. Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1ª. ed. 8ª. reimpressão. Paraná: Juruá, 1998, p.124

VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio Lei n.6.001/1973: Dicas para realização de provas de concurso artigo por artigo*. 2ª. ed. rev. atual. ampl. —Bahia: JusPodivm, 2013, p.03-04, 113 e 214-216.

Disponível: em:
<http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/introducao/o-que-sao-terras-indigenas>, em 18/07/2014, às 18h10min

Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>, em 19/07/2014, às 14h27min

Disponível em:
<http://teen.ibge.gov.br/mao-na-roda/protecao-ao-meio-ambiente-unidades-de-conservacao-e-terras-indigenas>, às 6h40min

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>, às 2h, em 04/08/2014