

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” – FEESR
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO

JULIA THAIS DE ASSIS MORAES

O CASO PANAMBI LAGOA RICA: UMA ANÁLISE NORMATIVA DO DIREITO ÀS
TERRAS INDÍGENAS FACE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Marília, SP
2020

JULIA THAIS DE ASSIS MORAES

O CASO PANAMBI LAGOA RICA: UMA ANÁLISE NORMATIVA DO DIREITO ÀS
TERRAS INDÍGENAS FACE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Direito e Estado na Era Digital, Dogmática Jurídica e Transformação Digital como requisito à obtenção do título de Mestra em Direito.

Orientadora: Profa. Doutora Vivianne Rigoldi.

Marília, SP
2020

JULIA THAIS DE ASSIS MORAES

O CASO PANAMBI LAGOA RICA: UMA ANÁLISE NORMATIVA DO DIREITO ÀS
TERRAS INDÍGENAS FACE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Direito e Estado Era Digital, Linha de Pesquisa Na Era Digital, Dogmática Jurídica e Transformação Digital, e aprovada pela banca examinadora.

Marília, SP, [dia, mês e ano da defesa].

[título, nome e IES do Coordenador do Curso]

[título, nome e IES do Professor Orientador]

[título, nome e IES do Membro da Banca Examinadora]

[título, nome e IES do Membro da Banca Examinadora]

Dedico esta Dissertação, primeiramente, a Deus, que me possibilitou chegar à conclusão de mais um ciclo profissional; à minha família, que sempre me apoiou em minhas escolhas e a todos os meus Professores, que me acompanharam nesta jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por estar finalizando mais esta etapa de minha jornada acadêmica; a meus pais, Lucas e Luzia, que sempre me apoiaram e me possibilitaram alcançar meus objetivos.

Aos meus irmãos, Aline e Lucas, os quais sempre foram exemplos em minha caminhada acadêmica, a meu sobrinho, João Lucas, que, com sua alegria de criança, me contagiava para continuar a escrever.

Aos meus professores da Graduação, em especial, Sílvia Araújo Dettmer e Osvaldo Castro, os quais me incentivaram a seguir a jornada docente.

A todos professores do Programa de Mestrado do UNIVEM, especialmente, a três professores; em primeiro lugar, minha orientadora, Vivianne Rigoldi, a qual me recebeu com um carinho materno, ao falecido Professor Ivanaldo Santos, um grande sábio e conselheiro, que me ensinou que a humildade é uma das virtudes mais importantes de um docente e ao Professor Edinilson Donisete Machado, que sempre esteve apto a me dar respostas ou ainda mais questionamentos em minha pesquisa.

À CAPES, pela concessão da bolsa de pesquisa; recursos que foram imprescindíveis para minha permanência no presente Programa de Mestrado, bem como para o desenvolvimento e a realização da dissertação. Enfim, agradeço a todos aqueles que fizeram parte desta caminhada.

Nós, povos indígenas do Brasil, percorremos um longo caminho de reconstrução dos nossos territórios e das nossas comunidades.

Documento final da Conferência dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil. Coroa Vermelha, Bahia, 21 de abril de 2000.

Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas, pelo fato de sua própria existência, têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual deve gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações.

CORTE IDH. Trecho da sentença do caso da comunidade Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua.

RESUMO

A presente pesquisa visa a realizar uma análise dos direitos constitucionais vinculados às terras originárias nas Constituições brasileiras, para que se compreenda como se deu o processo de demarcação e posterior anulação do território tradicional Panambi Lagoa Rica, da etnia guarani kaiowá, no estado de Mato Grosso do Sul. Dessa forma, tem-se como objetivo geral apontar os fundamentos constitucionais e de direitos humanos que justificam a posse tradicional do território Panambi Lagoa Rica. Os referidos fundamentos constitucionais se encontram na Constituição Federal de 1988, e as bases de direitos humanos encontram-se na Convenção 169, da OIT, na Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas e na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Como objetivo específico, pretende-se demonstrar como a decisão judicial anulatória do território Panambi Lagoa Rica fundamenta-se em argumentos controversos a proteção constitucional e dos direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil. Nesse sentido, o principal argumento controverso a ser analisado é a fundamentação da sentença que anulo amparada na tese do marco temporal e na tese restritiva do renitente esbulho. A pesquisa tem como aporte primordial Constituição Federal de 1988, a qual rompeu com o paradigma assimilacionista indígena e inaugurou a constitucionalização dos direitos fundamentais indígenas. O aporte secundário da pesquisa se fará na perspectiva dos direitos humanos, em razão dos direitos humanos terem uma intensa influência no ordenamento pátrio, demonstrada no artigo 4º, II, que prevê a prevalência dos direitos humanos nas relações da República Federativa do Brasil, possibilitando a proteção internacional aos direitos humanos do território indígena. Nesse aspecto, os principais documentos de direitos humanos a serem pontuados serão: a Convenção 169 da Organização Mundial do Trabalho (OIT) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre os Direitos Indígenas. Como método de pesquisa, empregou-se a investigação dedutiva por meio do procedimento de levantamento bibliográfico, exploratório e qualitativo, a respeito da temática.

Palavras-chave: Constituição de 1988. Direito fundamental às terras tradicionais. Direitos humanos territoriais indígenas. Território Panambi Lagoa Rica. Anulação.

ABSTRACT

This research aims to carry out a critical analysis of the judicial decision that annulled the demarcation of the traditional Panambi Lagoa Rica territory of the Guarani Kaiowá, in the state of Mato Grosso do Sul. Thus, the general objective is to point out the constitutional and infraconstitutional grounds regarding originating in traditional lands. These constitutional grounds are found in the Federal Constitution of 1988, while the infraconstitutional grounds are observed in the following infraconstitutional acts: the Indian Statute (Law 6001/1973), Decree 1775/1996 and finally the Order of FUNAI 524/2011, infralegal act. And the specific objective is to demonstrate how the annulment court decision of the Panambi Lagoa Rica territory is based on controversial arguments the constitutional protection, which prescribes the fundamental right to land in relation to the indigenous. In this sense, the main controversial argument to be analyzed is the grounding of the sentence supported by the timeframe thesis and the restrictive thesis of the reluctant rubble. The research has as its main contribution the Federal Constitution of 1988, which broke with the indigenous assimilationist paradigm and inaugurated the constitutionalization of indigenous fundamental rights. The secondary contribution of the research will be from the perspective of human rights, due to the fact that human rights have an intense influence on the homeland order, demonstrated in article 4, II which provides for the prevalence of human rights in the relations of the Federative Republic of Brazil, enabling the protection human rights of indigenous territory. In this regard, the main human rights documents to be punctuated will be: World Labor Organization (ILO) Convention 169 and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. As a research method, deductive research was used through the bibliographic, exploratory and qualitative survey procedure on the subject.

Keywords: 1988 Constitution. Fundamental right to traditional lands. Indigenous territorial human rights. Panambi territory Lagoa Rica. Annulment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA INDIGENISTA	19
1.1 OS DIREITOS INDÍGENAS NA LEGISLAÇÃO COLONIAL	22
1.2 OS DIREITOS INDÍGENAS NAS CONSTITUIÇÕES DE 1824 E 1891	29
1.3 A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS INDÍGENAS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1934	41
1.4 OS DIREITOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	49
2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS	53
2.1 A POSSE CONSTITUCIONAL DAS TERRAS ORIGINÁRIAS.....	63
2.2 POSSE INDÍGENA X POSSE CIVIL	69
2.3 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: BREVE PANORAMA HISTÓRICO	79
2.4 O DECRETO 1775/1996	85
3 OS DIREITOS INDÍGENAS TERRITORIAIS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS	91
3.1 CONVENÇÃO 107 DA OIT: O PARADIGMA ASSIMILACIONISTA NO CENÁRIO INTERNACIONAL E O RECONHECIMENTO DO TERRITÓRIO TRADICIONAL COMO PROPRIEDADE INDIVIDUAL	98
3.2 A CONVENÇÃO 169 DA OIT E O DIREITO ÀS TERRAS ORIGINÁRIAS COMO DIREITO COLETIVO.....	104
3.3 A DECLARAÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: A REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS E DA PROTEÇÃO À PROPRIEDADE COLETIVA TRADICIONAL.....	109
3.4 A DECLARAÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: A PROTEÇÃO DA AMÉRICA AS TERRAS TRADICIONAIS	111
4 A ANULAÇÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO DO TERRITÓRIO PANAMBI LAGOA RICA, DOS GUARANI KAIOWÁ EM MATO GROSSO DO SUL	116
4.1 HISTÓRICO DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL DOS GUARANI KAIOWÁ NO TERRITÓRIO PANAMBI LAGOA RICA, EM MATO GROSSO DO SUL.....	117
4.2 PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DO TERRITÓRIO PANAMBI LAGOA RICA	124

4.3 DECISÃO JUDICIAL QUE ANULOU A DEMARCAÇÃO DO TERRITÓRIO TRADICIONAL PANAMBI LAGOA RICA: ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTARAM A SENTENÇA	136
4.4 Análise crítica dos fundamentos que motivaram a anulação do território tradicional Panambi Lagoa Rica.....	140
4.4.1 A tese do marco temporal: não compatibilidade com a Constituição de 1988	141
4.4.2 A tese do renitente esbulho: sua interpretação restritiva e a incompatibilidade com o texto constitucional de 1988	145
4.4.3 O controle de Convencionalidade e a Convenção Americana de Direitos Humanos face os direitos humanos indígenas.....	151
4.4.4 A incompatibilidade da tese do marco temporal e do renitente esbulho com os direitos humanos indígenas ratificados em documentos internacionais pela República Federativa do Brasil	157
CONCLUSÃO	163
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	167
Anexo I – Sentença Panambi Lagoa Rica, auto nº 0001665-48.2012.4.03.6002....	180

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende analisar a decisão judicial da 1ª Vara Federal de Dourados, a qual anulou o processo de demarcação do território tradicional Panambi Lagoa Rica, dos guarani kaiowá, no estado de Mato Grosso do Sul.

A escolha da temática tem fundamento em dois motivos. A primeira razão se refere ao fato de que o estado de Mato Grosso do Sul possui a segunda maior população indígena do Brasil, ficando atrás apenas da Amazônia, abrigando um total de 12 etnias e 77 aldeias ao longo do seu estado. O segundo motivo diz respeito à alta violação de direitos fundamentais no referido estado. Assim, torna-se necessária a análise de decisões que contrariam direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, como é o presente caso a ser discutido referente ao direito fundamental sobre as terras originárias ocupadas pelos guarani kaiowá em Mato Grosso do Sul.

A presente análise tem como aporte substancial a Constituição Federal de 1988, a qual se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça a todos, sem qualquer distinção. Nesse sentido, a garantia e a efetivação do direito às terras originárias aos indígenas passam a ser pressuposto para que referidos direitos sejam assegurados a uma minoria historicamente vulnerável.

A efetivação do direito às terras originárias passa a compor valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista, que não admite mais a subjugação indígena. Assim, as decisões que retiram o direito ao território tradicional precisam ser analisadas à luz do texto constitucional, a fim de impedir que atos discriminatórios impeçam os indígenas a usufruírem de seus direitos fundamentais instituídos no texto constitucional de 1988, mais especificamente, daqueles previstos no Capítulo VIII da Magna Carta.

O aporte secundário da presente pesquisa se ampara nos direitos humanos, visto que o texto constitucional, já no seu Preâmbulo, demonstra a harmonia interna com os direitos previstos na esfera internacional. Dessa maneira, a fim de fornecer eficácia normativa a este compromisso, prescreve, no artigo 4º, II, a prevalência dos direitos humanos nas relações da República Federativa do Brasil.

Em seguida, no artigo 5º, § 2º, prevê que os direitos e as garantias expressos na Constituição complementam aqueles decorrentes do regime e dos princípios por

ela adotados, ou de tratados internacionais que integram a República Federativa do Brasil, corroborando a posição de se efetivarem direitos humanos.

Os direitos humanos indígenas são assegurados pela República Federativa do Brasil por meio de diversos tratados assinados pelo país. Entretanto, os tratados analisados nesta pesquisa são dois: a Convenção 169, da Organização Mundial do Trabalho (OIT), e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Povos Indígenas (ONU).

Esses documentos proporcionam uma compreensão, em âmbito internacional, acerca dos direitos humanos territoriais indígenas, e são empregados em julgamentos internacionais que debatem a demarcação de terra indígenas. Desse modo, fornecem um amplo panorama para compreender como a decisão que anulou o procedimento de demarcação da terra Panambi Lagoa Rica contraria também os direitos humanos tradicionais.

A partir da apreciação criteriosa da decisão que anulou a demarcação do território Panambi Lagoa Rica, orientada pela Constituição Federal de 1988 e por documentos de direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil, torna-se possível elencar dois objetivos a serem cumpridos pela atual pesquisa; respectivamente, um objetivo geral e outro específico: o primeiro é apresentar os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais que constroem o conceito de direito às terras originárias – ressaltando que os direitos constitucionais são aqueles estabelecidos na Constituição Federal de 1988, enquanto os fundamentos infraconstitucionais são aqueles previstos no Estatuto do Índio (Lei nº 6001/1973), no Decreto nº 1775/1996 e no Despacho nº 524/2011.

O objetivo específico se encarrega de apontar, de forma crítica, como a decisão judicial que anulou o procedimento demarcatório que reconhecia o território Panambi Lagoa Rica, em Mato Grosso do Sul, contraria o texto constitucional no que tange ao direito fundamental a terras indígenas, aos direitos humanos estabelecidos na Convenção 169, da OIT, e na Declaração da ONU sobre os direitos dos Povos Indígenas. Nesse aspecto, a tese do marco temporal junto a interpretação restritiva do renitente esbulho, que fundamentaram a decisão anulatória do citado território serão exploradas, a fim de demonstrar que contrariam tanto os direitos fundamentais indígenas, como os direitos humanos tradicionais.

Os caminhos explorados para a compreensão do contexto legal e histórico em volta do território tradicional Panambi Lagoa Rica consistem nos capítulos que

compõem esta dissertação, os quais possibilitam o entendimento normativo do direito fundamental e direitos humanos acerca das terras originárias. E permitiram uma detalhada análise da decisão judicial que anulou a demarcação do território Panambi Lagoa Rica. Ressaltando que os detalhes da decisão anulatória dizem respeito aos fundamentos que ampararam a sentença de anulação, como a tese do marco temporal e a interpretação restritiva da tese do renitente esbulho.

A pesquisa está dividida em quatro capítulos, de modo a percorrer a direção progressiva dos diplomas legais a respeito da proteção às terras indígenas.

Inicia-se com um histórico legislativo a respeito das normas que tratavam dos direitos indígenas nas cartas constitucionais brasileiras, após isso, analisa-se especificamente, a posse tradicional prevista no texto constitucional de 1988.

Depois, são examinados os direitos humanos indígenas territoriais, pois a Constituição prevê a prevalência dos direitos humanos, e a República Federativa do Brasil ratificou diversos tratados que asseguram a proteção aos territórios tradicionais como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Adiante, analisa-se, de forma específica, o caso Panambi Lagoa Rica, tanto do ponto de vista histórico como do judicial em relação aos fundamentos legais que alicerçaram a sentença anulatória, envolvendo o exame de direitos fundamentais e direitos humanos territoriais.

Realizadas as diretrizes que cada capítulo representará na presente dissertação torna-se necessário pontuar quais assuntos serão tratados em cada capítulo.

O Capítulo 1, em sua primeira fase tem como objetivo apontar as principais normas do período colonial acerca das terras originárias, assim, as normas contidas nas Cartas Régias, promulgadas no ano de 1609 e 1611, nos alvarás Régios de 1680, bem como a Lei Pombalina de 1755 e o Diretório dos Índios de 1758 serão analisados. No segundo momento, observa-se o direito às terras indígenas perante as Constituições de 1824 e 1891. Ressalta-se que se encontrará uma ausência normativa em relação às terras indígenas, nas referidas Constituições, entretanto, há motivações políticas e situações fáticas importantes que motivaram a citada ausência. Sendo essas razões e circunstâncias variadas importantes de serem pontuadas e explicadas, a fim de compreender como o direito às terras originárias ganharam proteção constitucional a partir da Constituição de 1934.

No item 1.3, analisam-se os textos constitucionais a partir da Constituição de 1934, em virtude de esta ser a primeira Constituição brasileira a inserir a proteção as terras originárias em seu texto. Torna-se necessário salientar com o texto constitucional de 1934, inaugura-se uma política oficial de tratamento aos indígenas, denominada paradigma assimilacionista ou integracionista. Sendo este paradigma uma maneira do Estado instituir práticas que negassem os usos e costumes indígenas, e, portanto, não reconhecer a existência de uma identidade indígena.

O paradigma assimilacionista ou integracionista consiste na aculturação dos indígenas, sendo evidenciado pela prescrição constitucional de 1934, que a União tinha como competência a incorporação a comunhão nacional. A tutela assimilacionista ou integracionista aos indígenas continuará com as constituições de 1937, 1942, 1967 e 1969 sendo rompida com a Constituição de 1988. O motivo de ressaltar esse paradigma adotado pelo Estado brasileiro até 1988 justifica-se pelo fato que as Constituições anteriores negavam a existência de uma identidade indígena, e conseqüentemente não compreendiam o direito à terra como um direito integrante da identidade indígena.

O item 1.4 diz respeito ao reconhecimento dos direitos indígenas no texto constitucional de 1988. Nesse sentido, demonstra-se como atual texto constitucional rompe com o paradigma assimilacionista ou integracionista, que visava negar a identidade do homem indígena, e adotava práticas estatais para aculturar os indígenas. A Constituição Federal de 1988 passa a reconhecer o homem índio em conformidade a sua alteridade, concebendo esse reconhecimento como o direito a alteridade. Dessa maneira, o caput do artigo 231 prescreve o reconhecimento dos usos, costumes, tradições, organização social dos indígenas e o direito a um território, no qual possam realizar seus hábitos.

Após a exposição histórica a respeito da legislação sobre o direito às terras originárias desde o período colonial até a Constituição de 1988, tornou-se necessário analisar de modo mais pontual a projeção constitucional, no que diz respeito ao direito às terras originárias. Sendo assim, estruturou-se o Capítulo 2, "A Constitucionalização dos direitos indígenas", representado pelo Capítulo VIII, da Constituição de 1988, que assegura o direito à identidade indígena e os elementos que a compõem como os usos, costumes e tradições e principalmente o direito à terra. Ressaltando que o direito a um local singular passa a ser pressuposto para que os indígenas exerçam seus

hábitos culturais. Assim, o direito às terras originárias passa a ser imprescindível para que os indígenas tenham seus direitos de identidade preservados.

A constitucionalização consiste no reconhecimento textual da constituição de todos direitos inerentes a identidade indígena. Nesse aspecto, torna-se possível classificar o direito às terras originárias em um direito fundamental, pois está inserido no texto constitucional, e se relacionam diretamente com a existência e à sua autonomia indígena. Os direitos a um território tradicional contêm uma natureza material e imaterial dos grupos indígenas, integrando-se a própria noção de pessoa humana para os indígenas. Dessa forma, o item 2.1 visa a analisar o direito às terras originárias como um direito fundamental. A concepção do direito fundamental as terras originárias, envolverá a análise dos elementos constitucionais que compõem esse direito, tais como a imprescindibilidade de um local apropriado para o exercício do direito à liberdade, à vida, à cultura, por exemplo.

Observa-se que a classificação do direito às terras originárias como um direito fundamental coletivo, se dará em razão de pertencer a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis unidas por uma relação jurídica-base. Com isso, o estudo pormenorizado da classificação do direito às terras originárias ser um direito fundamental será observado, tendo como argumento base esses dois motivos citados acima, mas também outros elementos que serão aprofundados, conforme serão possíveis inferir na leitura deste subcapítulo. Em seguida, no subcapítulo 2.2, configura-se uma análise acerca dos elementos que distinguem a posse tradicional e a posse civil. Este subcapítulo tem como função demonstrar quais elementos são necessários para que território seja considerado tradicional, e qual fundamento emprega-se para essa compreensão. Dessa forma, o artigo 231, § 1º, o qual fornece os elementos que configuram a posse tradicional, é abordado, bem como a tese do indigenato.

A tese do indigenato será analisada junto ao artigo 231, § 1º, por ser o instituto adotado pela Constituição de 1988, para justificar que o direito originário dos indígenas sobre as terras ocupadas. Destacando que o indigenato é consoante com o reconhecimento do Alvará Régio de 1680, que reconhecia os índios como primeiros e naturais de suas terras. Portanto, o indigenato decorre de um direito histórico, decorrente da ocupação primitiva, configurando um direito congênito, inato ao indivíduo. Após análise da posse constitucional, torna-se preciso realizar as distinções em relação da posse indígena com a posse civil, realizando-se essa análise no

subcapítulo 2.3, sendo pertinente essa distinção em razão a serem semelhantes, contudo possuem fundamentos diversos. A análise da posse indígena se dá consonância ao texto constitucional, conforme o artigo 231, § 2º, enquanto a posse civil é regulada pelo Código Civil.

Destaca-se que a posse civil se caracteriza pela relação material com a coisa, à medida que seu titular exerce a destinação econômica apropriada para o bem, enquanto a posse indígena possui uma relação imaterial com a propriedade territorial. A posse civil se fundamenta no conceito de propriedade, previsto no artigo 1228, que prevê o direito do proprietário sobre o bem em sua propriedade. Assim este subcapítulo observará as distinções entre a posse indígena e civil, para se compreender a importância do direito às terras originárias perante os indígenas. E, para concluir este capítulo, toma-se a análise da dimensão coletiva do direito às terras originárias no item 2.4. A dimensão coletiva fundamenta-se na existência de um direito o qual ultrapassa a esfera do individual, caracterizado por um determinado segmento, grupo, classe ou categoria social que prescinde um local apropriado para que possam exercer o direito à vida e à liberdade.

Em seguida, configura-se o Capítulo 3, dividido em 4 itens, os quais seguem uma sequência cronológica. Iniciando-se pelo o contexto histórico dos direitos humanos indígenas na esfera internacional na década de 1970, visto que a partir da referida data o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas iniciaram os estudos da causa indígena. Nesse aspecto, por meio desse conselho, estruturou-se a Convenção 169 da OIT, a qual resultou de uma revisão da Convenção 107 da OIT, pois essa mantinha o caráter assimilacionista, discriminatório em relação aos indígenas. O contexto histórico tem como objetivo demonstrar como se deu a construção dos direitos humanos indígenas, tendo como suporte a Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Em seguida, o item 3.1 analisa os direitos humanos indígenas territoriais, previstos na Convenção 169 da OIT; o item 3.2 tem como tarefa analisar os direitos humanos territoriais tradicionais prescritos na Declaração da ONU de 2007, de modo a demonstrar a concepção mais contemporânea do referido direito.

Por sua vez, o subcapítulo 3.3 visa a demonstrar jurisprudências internacionais relevantes acerca da demarcação de territórios indígenas, afim perceber como os direitos humanos territoriais indígenas são essenciais às comunidades tradicionais.

Por fim, em 3.4, apresenta-se a análise da tese do marco temporal e da tese restritiva do renitente esbulho na concepção dos direitos humanos.

O Capítulo 4 tem o objetivo de analisar o contexto histórico e judicial do território Panambi Lagoa Rica, no estado de Mato Grosso do Sul, assim se estabeleceram quatro momentos para construir o referido exame. Desse modo, inicia-se o capítulo por meio de uma análise histórica do referido território e da etnia guarani kaiowá, passando progressivamente pelos momentos mais relevantes até a sentença judicial do ano de 2016 que anulou o procedimento demarcatório, e, posteriormente, um exame dos fundamentos que motivaram a citada decisão.

O subcapítulo 4.1 se refere ao contexto histórico do início da ocupação dos guarani kaiowá no território tradicional Panambi Lagoa Rica, datada a partir do século XVIII, comprovada por documentos oficiais, e, posteriormente há o estudo do processo de expulsão dos indígenas de suas terras. Esse processo é analisado de modo cronológico: o primeiro se refere ao início no século XIX, representado pelos projetos de aldeamento do Barão de Antonina, acentuando-se com o projeto das colônias militares, em 1863.

Após essa fase, o episódio histórico que marcou a expulsão dos guarani kaiowá de suas terras originárias foi a instalação da Companhia Erva Mate Laranjeira, a partir de 1880. Sendo que a instalação da referida companhia trouxe colonos interessados em explorar a erva matte e utilizar a mão de obra dos indígenas guarani kaiowá de forma predatória. A partir do século XX, o Estado, por meio do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) passou a demarcar reservas indígenas no sul antiga Província Mato Grosso, atualmente, Mato Grosso do Sul, objetivando aglomerar os indígenas e liberar suas terras de ocupação originária para os projetos de colonização. E, então, a partir de 1943, iniciou-se a marcha colonial para o oeste, representada pela Colônia Agrícola Federal de Dourados, que culminou para a contínua expulsão dos guarani kaiowá de suas terras.

Em seguida, traz-se o documento que atestou de modo oficial a invasão do território Panambi Lagoa Rica, no ano de 1958, por meio do Relatório da Inspeção Regional Iridiano Amarinho de Oliveira. Assim, adentra-se ao período de 1970, marcado pelo processo de mecanização da produtividade agrícola no estado de Mato Grosso do Sul, passando a comprometer a biodiversidade da natureza, essencial ao modelo de vida guarani kaiowá. Logo, esses momentos históricos serão abordados

no item 4.1, a fim de que se estabeleça uma compreensão histórica acerca da presença e expulsão dos guarani kaiowá no território Panambi Lagoa Rica.

A segunda parte deste capítulo, 4.2, tem o objetivo de demonstrar como se deu o processo de demarcação territorial, com o objetivo de comprovar que Panambi Lagoa Rica era um território tradicional pertencente aos guarani kaiowá. Nesse aspecto, o fundamento deste subcapítulo será o Decreto administrativo 1775/1996, que direcionou as medidas legais a serem efetuadas no processo de demarcação do presente território. Nesse momento, também serão observadas as normas contidas no Estatuto do Índio (Lei 6001/1973), em razão de completarem a compreensão de terras originárias. Ressalta-se que os laudos antropológicos que comprovaram a ocupação guarani kaiowá serão analisados.

Em seguida, há o subcapítulo 4.3, que tem como objetivo a análise da decisão judicial da 1ª Vara Federal de Dourados, do ano de 2016 que anulou a demarcação da indígena Panambi Lagoa Rica. Dessa maneira, os fundamentos que motivaram a sentença de anulação bem como as provas colhidas ao longo do processo serão demonstrados. E, para encerrar o quarto capítulo, configurou-se o subcapítulo 4.4, que confrontará a tese do marco temporal e a tese restritiva do renitente esbulho, com o texto constitucional, a fim de concluir que estes dois principais fundamentos empregados na sentença de anulação de demarcação do território Panambi Lagoa Rica, contrariam o direito fundamental a terra estabelecida no artigo 231, § 1º.

1 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA INDIGENISTA

O presente capítulo tem como objetivo traçar um panorama histórico a respeito da legislação indigenista brasileira até a Constituição Federal de 1988. Assim, torna-se possível compreender como os diplomas legais direcionados aos indígenas se desenvolveram no ordenamento pátrio e como o Estado se posicionava diante das questões que envolviam os indígenas.

O histórico da legislação indigenista brasileira é marcado por três momentos. O primeiro se refere às Constituições de 1824 e 1891, as quais não mencionam a existência dos indígenas, regulamentando seus direitos apenas por meio de normas infraconstitucionais. O segundo momento se refere à Constituição de 1934, a primeira a tratar da existência dos direitos indígenas no texto constitucional, destacando o direito aos territórios tradicionais. Entretanto, torna-se necessário ressaltar que, apesar de prever direitos indígenas na esfera constitucional, os indígenas não eram reconhecidos de acordo com seus usos, costumes e tradições, sendo isso denominado “paradigma assimilacionista” ou “integracionista”.

O terceiro momento se refere ao reconhecimento dos indígenas na Constituição Federal de 1988, em conformidade aos seus usos, costumes e tradições, o que representa a ruptura dos Estados com as políticas integracionistas ou assimilacionistas, inaugurando o paradigma da constitucionalização dos direitos indígenas, que consiste no direito à alteridade – ou direito à diferença – passando o indígena a ser titular desse e de outros direitos inerentes à sua identidade, garantidos no Capítulo VIII, da atual Constituição.

A Constituição de 1824 não tratou dos direitos indígenas; em um primeiro momento, para regulamentar as questões atinentes aos indígenas, empregou a legislação colonial pretérita. Sendo possível inferir que essa ausência de tratamento constitucional aos indígenas demonstrava o não reconhecimento por parte do Estado aos indígenas, em razão de seus costumes serem divergentes da comunhão nacional.

Depois, houve a elaboração de diplomas normativos para tratar de alguns direitos específicos (como o direito às terras originárias, por meio da Lei de Terras, de 1850, que gerou importantes consequências em relação aos territórios tradicionais, como será explicitado em momento oportuno).

A exemplo de legislações anteriores ao texto constitucional de 1824, para regular direitos indígenas, tem-se a utilização do Alvará Régio de 1680, proclamado

por Felipe III, o qual garantia a posse das terras originárias aos indígenas – também objeto de análise em momento posterior.

Esse período, ao tratar os direitos indígenas por meio de legislações infraconstitucionais tinha como objetivo civilizar os indígenas e torná-los parte da comunhão nacional, sendo essa política estatal seguida também na Constituição de 1891.

A Constituição de 1891 não tratou dos direitos indígenas em seu texto constitucional, assim como a Constituição do Império. Ressalta-se que houve a tentativa de inserir a garantia da posse aos territórios tradicionais, por meio de uma proposta de Auguste Comte na Constituinte, contudo, essa proposta não obteve êxito (LOPES; D'ÁVILA; MATTOS, 2006, p. 224).

Os assuntos indígenas passaram a ser objeto de regulamentação legislativa em 1910, por meio do Decreto nº 8.072, que criou o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPILT). Nesse momento, havia um forte consenso da necessidade políticas estatais que tornassem os indígenas adeptos aos costumes da sociedade ocidental, sendo que isso se tornará um mecanismo constitucional a partir da Constituição de 1934, a qual passa a adotar o paradigma assimilacionista, em razão da influência do pensamento evolucionista.

A Constituição de 1934 é o primeiro texto constitucional que menciona os direitos indígenas, entretanto, isso não significava que o Estado passou admitir os indígenas de acordo com sua cultura. O texto de 1934 prescreve que os indígenas seriam integrados à comunhão nacional. Esse não reconhecimento dos usos, costumes e tradições que formavam a identidade indígena no texto constitucional de 1934 se denominava “paradigma assimilacionista ou integracionista”.

Esse paradigma compreendia os indígenas como uma realidade transitória, ou seja, apenas enquanto não se integrassem aos costumes da sociedade ocidental. Sendo que essa integração seria promovida pelo Estado, por meio de políticas de aculturação, visto que o próprio texto constitucional de 1934 previa a competência da União em promover a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (BRASIL, 1934).

O tratamento assimilacionista ou integracionista se justificava em razão da forte influência do pensamento evolucionista que predominou no século XIX, nas Ciências Sociais, em relação à compreensão dos grupos indígenas. Os evolucionistas afirmavam que seria imprescindível tutelar os indígenas, pois eles estariam em

estágios de evolução inferiores em relação à sociedade ocidental, portanto, deveriam ser guiados ao caminho dos estágios mais avançados do progresso social.

A partir dessa concepção, o texto constitucional tratava os indígenas como realidade transitória, pois, à medida que fossem sendo incorporados à comunhão nacional, deixariam os estágios sociais inferiores, caracterizados pelas suas estruturas organizacionais e culturais (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 27).

A corrente evolucionista tinha como pressuposto uma ideia etnocêntrica em relação à identidade indígena, assim, o Estado, por meio de políticas normativas, tinha o objetivo de inserir aos índios os costumes da sociedade dominante. Quando eles incorporassem os hábitos da comunhão nacional, significaria que atingiram o progresso, logo, não precisariam mais da tutela do Estado.

A partir de 1934 até 1969, os direitos indígenas são inseridos nos textos constitucionais, ainda que como uma proteção contraditória, na medida em que havia a garantia de alguns direitos indígenas, contudo, eles não tinham o direito de permanecerem ou se reconhecerem como índios. Essa concepção discriminatória orientará os textos constitucionais até a Constituição de 1988, a qual romperá com o paradigma assimilacionista, inaugurando o da constitucionalização dos direitos indígenas.

A Constituição Federal de 1988, então, passa a reconhecer as diferenças, de modo a universalizá-las, reconhecendo os indígenas de acordo com seus usos, costumes e tradições, inaugurando a terceira fase dos direitos indígenas na legislação brasileira.

Destaca-se que tal reconhecimento também se dá graças à influência dos estudos do culturalismo americano, representado por Franz Boas, na Antropologia, que passou a afirmar que cada cultura humana possui processos históricos diferentes, os quais resultam em vários caminhos, portanto, os indígenas não poderiam ser reconhecidos como grupos em estágios sociais inferiores.

Com isso, os indígenas deveriam ser reconhecidos em conformidade aos seus usos, costumes e tradições, isto é, teriam direito à alteridade, que consiste no direito a ser diferente, sendo que isso passa a representar o paradigma da constitucionalização dos direitos indígenas na CF/88.

A constitucionalização dos direitos indígenas, nesse contexto, projetada no Capítulo VIII, do referido texto constitucional, representa um Estado Democrático que assegura a todos, sem nenhuma distinção, o exercício dos direitos sociais e

individuais, bem como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade.

Trata-se de uma maneira de amenizar a vulnerabilidade histórica a qual os indígenas foram expostos, por meio de políticas normativas discriminatórias, e de garantir uma sociedade justa, fundada sobre os valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, que reconhece o indígena e dá a ele o direito de assim permanecer (BRASIL, 1988).

1.1 OS DIREITOS INDÍGENAS NA LEGISLAÇÃO COLONIAL

A legislação indigenista brasileira se consolidou no ordenamento pátrio desde o século XVI, normatizando tanto direitos territoriais como direitos inerentes à liberdade e à vida. A previsão dos direitos territoriais indígenas se iniciou com o Alvará de 1596, que continha a seguinte prescrição: “os índios são senhores de suas terras nas aldeias como o são na serra”.

A referida expressão assentia que aos indígenas eram reconhecidos os direitos territoriais das terras aldeadas. Estas seriam as doadas em regime de sesmaria pela Coroa portuguesa aos indígenas que fossem receptivos ao sistema (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 110).

O direito às terras aldeadas conferidas aos indígenas pela Coroa Portuguesa era parte do projeto de torná-los civilizados. Desse modo, em primeiro lugar, seria necessário convencê-los pacificamente, a “descerem” do interior (a “serra” ou o “sertão”) para a costa, onde ficariam com os portugueses.

Com isso, os índios se tornavam pacíficos e ficavam aldeados, sob a administração (inicialmente) de missionários, e constituiriam a reserva de mão-de-obra da Colônia (serviços obrigatórios para a Coroa e remunerados para particulares), enquanto seriam convertidos, educados, “civilizados”; até que, finalmente, desaparecessem enquanto gentios e passassem a engrossar a população de vassalos da Coroa Portuguesa na Colônia. Então, uma legislação aparentemente benéfica aos direitos indígenas parecia se consolidar, contudo as terras de fato, que pertenciam aos indígenas, passam para a Coroa (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 110).

As terras das serras eram aquelas inicialmente ocupadas pelos indígenas, e que, posteriormente, passaram a pertencer ao Estado, em razão de os indígenas se transferirem para os aldeamentos. Dessa forma, a Coroa concedia quais territórios

seriam considerados de posse indígena; assim, esses territórios eram os aldeamentos, nos quais, de fato, os indígenas seriam “Senhores de suas terras, tal como eram nas terras da serra”. Então, o consenso de que os direitos territoriais indígenas seriam anteriores à colonização (e independentes) se formou, projetando a aparente impressão de que a Coroa Portuguesa reconhecia os direitos territoriais indígenas, quaisquer que fossem estes (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 110).

A normatização do reconhecimento da posse das terras indígenas com o Alvará de 1596 teve como principal objetivo trazê-los para os locais onde a Coroa Portuguesa pudesse tê-los sob tutela. Com isso, infere-se que a referida norma visava, primordialmente, à aculturação indígena, e não à instituição de fato dos direitos territoriais indígenas (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 110). Os aldeamentos indígenas formados nas serras de cada estado possibilitavam que as terras interioranas – aquelas de que os índios se retiraram – ficassem abandonadas.

As terras abandonadas passavam para a posse da Coroa, na condição de terras devolutas, e as que foram oferecidas aos índios na costa, “nas quais seriam senhores nas aldeias da costa” passavam também a ser igualmente devolutas, podendo ser dadas pela Coroa em Sesmarias (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 110).

O argumento empregado pela Coroa Portuguesa para justificar que as terras aldeadas também seriam devolutas era de que a concessão das terras em sesmarias para os índios possibilitava a salvação indígena. Desse modo, para que as almas dos índios pudessem ser salvas, seria preciso que eles se aproximassem das povoações portuguesas, passando a viver nos aldeamentos, empregando sua força nas lavouras.

A justificativa desse consenso estabelecido pela Coroa Portuguesa, em relação à terra doada aos índios nos aldeamentos era amparada pelo Alvará-Régio de 21.08.1587, que prescrevia: “Para que aos índios que descem do sertão se dessem terras para suas aldeias junto às fazendas e sesmarias para suas lavouras”. Nesse sentido, afirmava-se que as terras destinadas aos índios se motivava pela necessidade de o governo colonial demonstrar alguma vantagem aos indígenas que seguissem suas ordens, pela necessidade de os indígenas se sustentarem e pela urgência de inserir os hábitos ocidentais aos indígenas (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 110).

O Alvará-Régio de 1587 ordenava que fossem dadas aos índios tantas terras de sesmaria fossem necessárias para realizarem suas lavouras e se manterem. Até o final do período colonial, a formulação do direito às terras indígenas se modificava,

mas a ideia de que aos índios devem ser concedidas terras cuja extensão seja compatível com suas necessidades de sobrevivência é mantida (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 111).

Dessa forma, estabelece-se o critério da suficiência, sem, contudo, especificar de que modo se dará esse cálculo. Contudo, ressalta-se que essa apuração não foi feita segundo critérios indígenas de ocupação da terra, pois o projeto de civilização dos índios supunha, justamente, que estes abandonassem quaisquer valores e modos de vida propriamente indígenas.

Indaga-se: que vantagem haveria em seguir as ordens da Coroa, visto que os índios já eram senhores de suas próprias terras? Seria preciso supô-los sem-terra, para que, a partir disso, fosse possível compreender que as terras aldeadas seriam uma vantagem.

Alguns documentos que garantiam a posse dos territórios ocupados por índios no período colonial têm como pressuposto não a existência de um direito natural dos indígenas aos seus territórios, mas sim a ideia de que as posses dessas terras só poderiam ser concedidas àqueles indígenas já convertidos ao catolicismo (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 111).

Esse pensamento é confirmado por meio Regimento do Governador Geral do Brasil, Francisco Galdes, em 1588, que ordenava dar terras aos índios que se fizessem cristãos. Os que ainda não fossem cristãos poderiam receber a água do santo batismo, para que compreendessem que, ao se tornarem cristãos, possuíam a salvação de suas almas, bem como teriam o remédio temporal: suas terras.

Nesse sentido, destaca-se que, em meados do século XVI, a regente D. Catarina, em carta ao governador Mem de Sá, se fundamentava na argumentação dos missionários jesuítas, para sugerir que "seria grande remédio para aumento e conservação dos ditos gentios (índios) repartirem-se e darem-se aos que fossem cristãos terras próprias, sítios e lugares para fazerem seus mantimentos " (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 112).

Assim, quando se afirma que só podem possuir terras em sesmaria os índios cristãos, as leis se conformam aos princípios que prevalecem para os colonos europeus, que também teriam de ser cristãos para que pudessem receber as sesmarias da Coroa. Por outro lado, não dar terras aos que não se converterem significava não reconhecer nenhum direito "natural" dos índios às terras. Isso é o oposto do que se encontra expresso no já mencionado Alvará de 1596, quando afirma

que o gentio – isto é, os índios não-cristãos – é “senhor de suas terras” (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 112).

Os direitos às terras indígenas previstas nestes primeiros documentos, no Alvará Régio de 1596, bem como no Alvará 1587 reconhecem os direitos indígenas as terras originárias, segundo a lógica da Coroa Portuguesa. Sendo estes reconhecimentos uma maneira de aculturar os indígenas e de dar ao governo as melhores terras para a colonização.

Nesses documentos, torna-se possível inferir que os direitos territoriais indígenas são projetados como históricos, em razão de os indígenas serem suplicantes naturais das terras, e delas precisarem para serem doutrinados na fé (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 115). Sendo isso observado em uma petição de doação de sesmaria de 1580¹ enviada ao governador da Capitania de São Vicente. A razão da doação da sesmaria aos indígenas parte do pressuposto de que os índios historicamente se encontravam nos territórios, e, para torná-los cristãos, perseverantes na fé católica, seria necessário haver uma terra.

Em 1609 e 1611, são promulgadas as Cartas Régias, por Felipe III, sendo que é a partir destes documentos que os direitos indígenas passam a ser compreendidos como direitos naturais (VILLARES, 2009, p. 113). Ressalta-se que a Carta de 1609 tutela dois direitos em relação aos indígenas; o primeiro se refere à liberdade, e o segundo, aos direitos territoriais indígenas.

Com isso, infere-se que houve alteração nos diplomas normativos, pois estes passam a observar que os indígenas possuem direitos naturais, interpretação adotada na Carta de 1611, bem como o Alvará Régio de 1680, o qual reconhecerá, de fato, os direitos territoriais indígenas como um direito pré-existente ao Estado, e, portanto, natural.

A Carta Régia de 1609 previa que os indígenas tinham o direito natural à liberdade; conseqüentemente, deveriam ter uma retribuição pelos serviços que prestassem nas fazendas, sendo vedado aos dos colonizadores promoverem trabalho

¹ "Elles supplicantes naturaes das mesmas terras' e precisarem delas para poderem se manter, e serem doutrinados na fé. A sesmaria é concedida "aos taes índios e vendo sua petição e as razões que nella allegam serem justas e outrosim a maior parte delles serem christãos e terem suas igrejas estarem sempre prestes para ajudarem a defender a terra e a sustental-a o que fizeram assim em meu tempo como dos capitães passados pela informação que disso tenho e ser-lhe necessário terras e façam seus mantimentos para sua sustentação e visto como cada dia vem mais gentio para as ditas aldeias o que tudo é proveito e bem da republica". (**Traslado de carta de data de sesmaria das terras dos índios** 31.10.1580. Registro Geral da Câmara Municipal de São Paulo, v. 1, 1917, pp. 354-357).

forçado². Junto ao direito à liberdade, o direito ao domínio das terras indígenas foi reconhecido, bem como o domínio daquelas terras aldeadas concedidas em virtude dos Alvarás de 1580 e 1596.

A Carta Régia de 1611, proclamada em 10 de setembro, também por Dom Filipe III, assegurava o direito à terra onde os indígenas se localizassem, vedando a retirada sem consentimento de seus territórios (GUARANY, 2016, p. 119). Dessa forma, o referido documento dispunha a seguinte norma:

Hei por bem que os ditos gentios sejam senhores de suas fazendas nas povoações em que morarem, como o são na serra, sem que lhe possam ser tomadas, nem sobre elas se lhe possa fazer moléstia [...] e o Governador com o parecer dos ditos religiosos, aos que vierem da serra, assinalará lugares para neles lavrarem e cultivarem [...] como por suas doações são obrigados e das capitânicas e lugares que lhe forem ordenados não poderão ser mudados por outros contra sua vontade (THOMAS, 1982, p. 227-228).

Em 1680, o Alvará Régio de 01 de abril reforçou a garantia das posses originárias. Dessa forma, o referido documento afirmava que os indígenas eram senhores de seus territórios, sendo concedido aos indígenas desaldeados um local para viverem.

Ressalta-se que o Alvará Régio prescreve que os direitos indígenas sobre seus territórios seriam primários e naturais, portanto, anteriores a qualquer ordenamento legal (VILLARES, 2009, p. 54). O reconhecimento de que os indígenas eram senhores primários e naturais das terras que ocupavam denominou-se **indigenato**: instituto jurídico luso-brasileiro, que, surgido com o Alvará de 1680, assegurava que era reservado o direito dos índios a possuírem aquelas terras outorgadas a particulares, pois são reconhecidamente senhores primários e naturais delas (SILVA, 2008, p. 858).

A partir de 1680, o instituto do indigenato estará presente no ordenamento jurídico brasileiro, exceto nas Constituições de 1824 e 1891.

² “E para se atalharem os grandes excessos, que poderá haver, se o dito cativo em alguns casos se permitir, para de todo se cerrar a porta a isto, com o parecer dos meus Conselhos, mandei fazer esta Lei, pela qual declaro todos os gentios d’aquelas partes do Brasil por livres, conforme a Direito, e seu nascimento natural, assim os que já foram batizados, e reduzidos à nossa Santa Fé Católica, com os que ainda viverem como gentios, conforme a seus ritos, e cerimoniais; os quais todos serão tratados, e havidos por pessoas livres, como são; e não serão constrangidos a serviço, nem a cousa alguma, contra sua livre vontade; e as pessoas, que deles se servirem nas suas fazendas, lhes pagarão seu trabalho, assim, e de maneira, que são obrigados a pagar a toda as mais pessoas livres, de que se servem”. (Brasil, Carta Régia de 1609)

E para que os ditos Gentios, que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: e por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas (BRASIL, 1680).

Em 1700, houve diversas normas sobre a questão indígena, as quais se destinavam a regularizar as terras, mas também outros aspectos, como o casamento de indígenas com não indígenas, bem como a utilização ou não de língua nativa dos indígenas.

Essas normas ficaram conhecidas como Leis Pombalinas, em razão de uma série de mudanças implementadas pela Coroa Portuguesa para promover a agricultura e a exploração colonial. Segundo Maxwell, a política imperial de Pombal visava a aproveitar as riquezas coloniais e racionalizar a administração, além de amenizar as diferenças entre raça e etnia em relação aos indígenas.

O Alvará de 14 de abril de 1755 declarava que os vassallos do Reino e da América que casassem com os índios teriam a posse de onde se estabelecessem, sendo vedada qualquer discriminação de tratamento entre estes (NAUD, 1971, p. 255).

Em seguida, a Lei de 06 de junho de 1755 proibiu a escravidão indígena no Maranhão, restituindo aos indígenas sua liberdade; após dois anos dessa norma, instituiu-se o Diretório de 1757, que inseriu a obrigatoriedade dos Diretores nas povoações indígenas, para que estes governassem os índios, segundo os preceitos da civilização (COSTA, 1983, p. 8).

As medidas adotadas para civilizar os indígenas foram: a proibição das línguas nativas e a obrigatoriedade da língua portuguesa; a proibição da nudez; a obrigatoriedade de morar em casas separadas; o combate ao alcoolismo; a obrigação que os índios tivessem nome e sobrenome – este de famílias portuguesas. Com isso, era instituída uma série de medidas no sentido de anular a identidade étnica dos povos indígenas.

O diretório de 1757 tinha por objetivo atender as novas demandas da metrópole, que necessitava de súditos para consolidação do seu domínio colonial, tanto nas áreas de fronteira quanto nas áreas já sob o seu domínio, mas com uma população mal distribuída, concentrada no litoral e rarefeita no interior e visava a: desestruturação da economia, da sociedade e das culturas indígenas, para garantir a imposição da cultura ocidental cristã e a dominação portuguesa efetiva; o aproveitamento do trabalho e da terra indígenas, a fim de garantir o desenvolvimento da colônia; e a exploração da figura do índio como vassalo do rei de Portugal, para garantir a efetiva posse das terras sob o seu domínio (NAUD). Nesse sentido, o Diretório prescrevia:

Não se podendo negar que os índios deste governo e capitâneas anexas se conservam até agora na mesma barbaridade, como se vivessem nos incultos sertões, em que nasceram, praticando os péssimos e abomináveis costumes do paganismo, não só privados do verdadeiro conhecimento dos adoráveis mistérios da nossa santa religião, mas até das mesmas conveniências temporais, que só podem conseguir pelos meios da civilidade, da cultura e do comércio: e sendo evidente que as paternais providências do nosso augusto soberano se dirigem unicamente a cristianizar, e civilizar, estes, até agora infelizes e miseráveis povos, para que, saindo da ignorância e rusticidade a que se acham reduzidos, possam ser úteis a si, aos moradores e ao Estado (NAUD, 1973, p. 255.)

O período de 1700, marcado pelas Leis Pombalinas e pelo Diretório dos Índios, demonstravam que o Estado visava a despir os índios de suas características culturais, impondo-lhes as crenças e os costumes do branco. As ações estatais se destinavam a civilizar os indígenas, e, ainda que se admitissem seus direitos territoriais, este reconhecimento era uma maneira de o Estado tê-los sob sua tutela (LAGO, 2007 p. 224). Ao longo do período colonial, observa-se que o objetivo da Coroa Portuguesa era obter vantagens para o reino, assim, concedia-se um direito e retirava-se outro.

Com a análise da legislação colonial, torna-se possível compreender que os direitos indígenas – sobretudo, o direito à terra – sempre estiveram presentes nas normas do ordenamento pátrio. Contudo, a concessão do direito às terras era acompanhada de alguma forma de o Estado se beneficiar da ocupação indígena, como se demonstrou nos Alvarás de 1596 e 1587. Nos dois documentos, os direitos territoriais ainda não eram concebidos como naturais, e sim, históricos. Essa

concepção de direitos territoriais como originários, primários a qualquer ordenamento legal somente se estrutura com o Alvará Régio de 1680, interpretado ora de modo mais rígido pela Coroa Portuguesa, ora com menos rigidez.

A relevância do Alvará Régio de 1680 se justifica pela sua recepção na Constituição Federal de 1988. A partir de 1680, o instituto do indigenato estará presente no ordenamento jurídico brasileiro, exceto nas Constituições de 1824 e 1891. A recepção do indigenato se torna expressa no texto constitucional a partir de 1934, pois todas as Constituições seguintes irão tratar sobre a proteção constitucional sobre as terras ocupadas pelos indígenas (MOTA; GALAFASSI, 2009, p. 100). Entretanto, ressalta-se que, embora o instituto do indigenato sendo o fundamento jurídico, da posse territorial indígena desde o período colonial, não houve uma garantia real à proteção dos direitos indígenas sobre a terra, especialmente, porque não havia no Brasil órgão com jurisdição para impor o cumprimento, pelos colonizadores, da referida determinação (FERREIRA, 2016, p. 26).

O período colonial teve como principal característica uma legislação indígena marcada por instabilidade e contradição. Essas hesitações são motivadas por interesses do Império em relação as terras ocupadas pelos indígenas e a utilização de mão de obra indígena (FREITAS JÚNIOR, 2009, p. 28).

1.2 OS DIREITOS INDÍGENAS NAS CONSTITUIÇÕES DE 1824 E 1891

Após a análise de legislações esparsas do período colonial, inaugura-se a fase dos textos constitucionais, sendo a Constituição de 1824 a primeira a ser observada. Trata-se da primeira Constituição brasileira, pertencendo ao contexto do Brasil Império, possuindo como principal característica em relação aos indígenas a omissão constitucional. Os direitos inerentes às questões indígenas foram regulados por meio de legislação infraconstitucional (FREITAS JÚNIOR, 2009, p. 28). Essa legislação infraconstitucional não se restringiu somente à regulação territorial indígena.

No século XIX, havia uma heterogeneidade histórica, visto que é o único período que vivencia três regimes políticos, a Colônia, o Império e a República; conseqüentemente, é o primeiro a ganhar uma Carta Magna Brasileira (LOPES, 2014, p. 87). Assim, a primeira Constituição do Império do Brasil foi outorgada por Dom Pedro I, em 24 de março de 1824, e tratou a questão indígena de modo constitucional somente 10 anos depois de sua promulgação por meio do Ato Adicional de 1834, que

fazia a seguinte prescrição “entre as competências legislativas das províncias, obtém a tarefa de catequese e civilização dos indígenas” (CF, 1824, art. 11, p. 5).

O período de 1824 possuía duas correntes de pensamento em relação à temática indígena, de acordo com Rosane Lacerda (2008, p. 13). A primeira era capitaneada por Francisco Adolfo Varnhagem (1806-1878), mais conhecido como Visconde de Porto Seguro, que defendia a necessidade da sujeição dos índios à força brasileira em benefício da consolidação das fronteiras do Império. E a segunda era representada por José Bonifácio de Andrada e Silva (1763-1838), autor do documento Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Brasil, que defendia a obrigação moral do Império em prover-lhes condições para seu ingresso no projeto de unidade nacional.

As propostas representadas por essas duas correntes foram apresentadas como contribuição à Carta de 1824, mas nunca foram acrescentadas. Contudo, é possível inferir que, ainda que os indígenas não foram inseridos no texto constitucional de 1824, posteriormente, a legislação infraconstitucional desse período irá combinar essa proposta por meio de uma legislação ora mais agressiva, que tem raízes no pensamento de Varnhagem e outra mais protecionista, conforme Bonifácio propunha, mas ambas com uma ideia em comum: a concordância de que o modo de vida silvícola representava a inferioridade e que tinha de ser combatido.

Nesse sentido, em 1831, decretou uma medida protecionista em relação aos indígenas, que foi a libertação daqueles que se achavam em regime de servidão devido as guerras justas declaradas pelas Cartas Régias de 1808, por meio das quais D. João VI havia declarado “guerras Justas” aos índios (LACERDA, 2007, p. 59).

A medida destinava-se às Províncias de São Paulo e Minas Gerais, cujos índios “hostis”, como os Botocudos e Puris, que haviam ficado em cativeiro por 15 anos, foram libertados do regime de servidão. Então, a Lei de 1831 mandava libertar aqueles que estivessem em servidão (art. 3º), determinando que fossem “considerados como órfãos, e entregues aos respectivos juizes para lhes aplicarem as providências da Ordenação, Livro I, Título oitenta e oito” (art. 4º) (BRASIL, 1831).

O referido livro previa que os menores e os órfãos fossem tutelados por um Juíz de Órfãos, Tutor ou Curador, os quais seriam responsáveis pelos bens móveis, de raiz, terras e de dinheiro. Assim, os índios “não civilizados” e recém-libertos deveriam ser governados em suas pessoas e bens por estes Juizes, Tutores e Curadores, os quais deveriam zelar pelos seus interesses (LACERDA, 2007, p. 60).

Segundo a Lei de 1831, os índios também deveriam ser “socorridos pelo Tesouro do preciso” até que os Juízes de Órfãos lhes encaminhassem ao trabalho como assalariados ou aprendizes de “ofícios fabris” (BRASIL, 1831, art. 5º).

Segundo Souza Filho (1992), destaca-se que a Lei de 1831 não estendeu a tutela orfanológica a todos os índios, sendo destinada somente aos que se encontrassem em regime de servidão devido a Carta Régia de 1808. Dessa forma, essa tutela seria devida até quando os índios libertos pudessem se autossustentar por meio do trabalho assalariado (LACERDA, 2007, p. 61).

A tutela funcionava como uma suposta proteção aos saídos do cativeiro, pois estes necessitavam de um amparo especial, a fim de que pudessem ser sustentados e orientados até estarem devidamente integrados ao processo social e produtivo da sociedade brasileira. Assim, o destino a ser dado aos índios pelos juízes de órfãos seria o de entregá-los “a tutores ou curadores, que administrassem seus bens e suas terras e os ensinasse um ofício”.

Após dois anos da promulgação da lei, a tutela orfanológica, no ano de 1833, estabeleceu a lei dos aldeamentos, as quais beneficiavam os indígenas que se estabelecessem nos aldeamentos à margem do Rio Arinos, no estado do Mato Grosso.

Como atrativo, o governo instituiu a isenção do pagamento de qualquer tributo por um período de vinte anos (OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p. 108). No ano seguinte, em 1834, configurou-se o Ato Adicional de 1834, o qual inseriu na Constituição do Império a competência das Assembleias Legislativas Provinciais – cumulativamente com a Assembleia e o Governador Gerais – para promoverem “a catequese e civilização dos indígenas” (LACERDA, 2007, p. 63). Assim, pelas palavras do Ato Adicional de 1834, pela primeira vez, se introduz no primeiro texto constitucional brasileiro a menção aos indígenas.

Ressalta-se que essa menção no texto constitucional de 1824, após 10 anos de sua outorga, não significou respeito à autonomia indígena, mas representou contínua sujeição dos indígenas à aculturação (LACERDA, 2007, p. 64). E, ainda, estabeleceu às Províncias a competência para legislar cumulativamente sobre os assuntos indígenas.

No ano de 1845, houve os avisos de 02 de setembro de 1845, emitidos pelo Ministério da Justiça aos Juízes de Órfãos da Corte e aos Vice-Presidentes de diversas províncias, que informavam que diversos índios, em razão de sua “natural

simplicidade”, haviam sido aliciados ao cativo em residências de particulares, portanto, prestavam trabalho de modo ainda servil, apesar da libertação (CUNHA, 1993, p. 100). Assim, instituía a ordem de que os Juizes de Orfãos dessem Curadores a esses indígenas, os quais deveriam formalizar um contrato de locação dos serviços dos índios, sendo obrigação dos locatários remunerar os serviços indígenas.

Em 1845, também houve a edição do Decreto nº 426, de 24 de julho, que estabeleceu o regulamento acerca das Missões de Catequese e Civilização dos Índios, no qual o Império determinou diretrizes gerais da ação indigenista. Com o referido regulamento, em cada Província, haveria um Diretor-Geral de índios, nomeado pelo Imperador. Sob a liderança do Diretor-Geral, em cada aldeia, haveria Diretores nomeados pelos Presidentes das respectivas Províncias, além de um Tesoureiro, um Almojarife, um Cirurgião e um Missionário. A função dos encarregados seria tutelar os indígenas, no sentido de que deveriam, como diz Souza Filho (1992, p.123), “exercer a proteção das pessoas e bens dos índios”.

As atribuições dos Diretores-Gerais, previstas no Decreto nº 426, eram as seguintes: a concessão de licença a terceiros para efetuarem negócios nas aldeias e retirá-los quando julgassem conveniente; a garantia de que não fossem os índios constrangidos a servir a particulares; a fiscalização das rendas das aldeias; a aplicação dos “dinheiros” e demais bens das aldeias segundo as necessidades destas e na conformidade com as Ordens do Governor Imperial (BRASIL, 1845).

Enquanto a função dos Diretores de Aldeia era de entregar ao Tesoureiro ou Almojarife os produtos dos trabalhos dos índios e de realizar a aplicação dos dinheiros e bens dos índios segundo as determinações do Diretor-Geral (BRASIL, 1845).

Já a função dos Tesoueiros seria de recolher e guardar os “dinheiros” e outros bens pertencentes à Aldeia, bem como a prestação de contas e escrituração de todos os bens recebidos e pagamentos autorizados (BRASIL, 1845).

A importância das modificações desse decreto está em suas novas competências atribuídas aos Diretores Gerais e aos Diretores de Aldeias, as quais revogaram aquelas previstas na Lei de 1831, que encarregava aos Juizes de Orfãos a tutela dos indígenas.

Dessa forma, a responsabilidade pela proteção dos bens dos índios deixou de ser atribuição dos Juizes de Orfãos passando aos Diretores do Aldeamentos. Outro elemento importante foi que esse regulamento proporcionou que os Diretores Gerais

e de Aldeias atuassem como Procuradores dos Índios, requerendo “em nome dos mesmos perante as Justiças e demais autoridades” (BRASIL, 1845).

A partir deste momento – quando os Diretores assumem tal função – não mais se conhecem processos em defesa dos direitos indígenas, segundo Carneiro da Cunha (1992).

É de se observar também que o referido regulamento beneficiou a concentração de propriedades privadas e das pressões pela expansão das fronteiras agrícolas ao longo do século XIX. Sendo essa convergência fruto do incentivo à prática do arrendamento e do aforamento das terras indígenas (LACERDA, 2007, p. 65).

Dessa forma, os Diretores Gerais e os Diretores de Aldeias firmavam contratos sem que os índios tivessem qualquer tipo de direito ou consulta acerca de suas terras. E também havia a possibilidade de o Governor Imperial se desfazer das terras das antigas aldeias, das quais as comunidades indígenas eram removidas para a formação dos aldeamentos controlados pelo Estado.

Em consequência dessa prática, muitos povos indígenas chegaram ao fim do século XIX com enormes perdas territoriais e em meio a conflitos possessórios que atravessaram o século XX (CARNEIRO DA CUNHA, 1993, p. 150).

Nesse sentido, configurou-se o esbulho territorial na vigência da primeira Constituição brasileira, assim como aqueles configurados pelas Cartas Régias de 1500, 1600 e 1700, mas com um novo formato. Então, no ano de 1850, foi promulgada a Lei de Terras, também conhecida como Lei nº 601, de 18 de setembro, a qual objetivava regularizar a posse territorial no país, e também afetou a posse das terras indígenas.

A Lei de Terras visava à organização dos registros de terras doadas desde o período colonial e a legalização das ocupadas sem autorização, bem como o reconhecimento das chamadas terras devolutas, pertencentes ao Estado (ÁVILLA LOPES; MATTOS, 2006, p. 223). Nesse intuito de regularizar a situação, vedou-se a formação de novas posses e estabeleceu-se a compra como forma legal de aquisição de novas terras.

No que tange às terras indígenas, ficou estabelecido que as terras a serem destinadas aos índios seriam para a colonização, utilizadas por meio do usufruto exclusivo. Dessa forma, estas se tornaram inalienáveis, sendo que essa característica somente seria cessada quando os indígenas fossem considerados civilizados, segundo o Governo Imperial (OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p. 110).

Na Lei de Terras, não havia nenhuma menção ao direito originário indígena sobre os territórios que tradicionalmente ocupavam, isto é, sobre o indigenato, que fora instituído pelo Alvará Régio de 1680 (ÁVILLA LOPES; MATTOS, 2006, p. 223). Com isso, tornou-se tradição que as colonizações seriam realizadas nos territórios originários dos grupos indígenas, evitando-se, sempre que possível, o seu deslocamento (MENDES JUNIOR, 1912, p.50).

Portanto, as terras reservadas para a colonização de índios teriam natureza pública, e, conseqüentemente, pertenceriam ao Estado, e não aos indígenas. A referida lei também estabeleceu o conceito de terras devolutas, ressaltando que este possui quatro tipos. O primeiro se refere àquelas terras que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal.

Em segundo, as terras que não se achassem no domínio particular por qualquer título legítimo, e não tivessem sido havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura (BRASIL, 1850).

Em terceiro, eram as terras que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo; por último, seriam aquelas terras ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, foram legitimadas por meio da lei de terras (BRASIL, 1850).

Nesse sentido, as terras indígenas não foram enquadradas como devolutas, visto que o artigo 3º, da Lei de Terras, mencionado anteriormente, indicava com clareza que as terras indígenas não seriam devolutas, seja porque elas tinham o uso público, seja porque eram consideradas de posse ou domínio particular dos índios.

De acordo com Tourinho Neto (2006), se os índios eram donos das terras, de acordo com o Alvará Régio de 1680, não revogado, as terras que foram concedidas, as sesmarias, nem perdidas pela guerra não poderiam ser consideradas devolutas. Estavam elas no domínio dos índios, por título congênito, que independia de legitimação (VILLARES, 2013, p. 101).

Entretanto, a prática estatal de implantar os aldeamentos, onde se concentrava um grande grupo de indígenas em espaços diminutos, para a liberação das terras que os indígenas se encontravam originariamente, tornou as terras indígenas devolutas. E, com essa prática, os aldeamentos proporcionavam a instalação de não índios nos entornos das aldeias, bem como dentro delas, sendo que isso motivava os discursos

que os índios estavam confundidos com o resto da população, portanto, os aldeamentos poderiam ser extintos.

Após a extinção dos aldeamentos, eram concedidos aos indígenas lotes esparsos dentro do que antes era um todo, revertendo as outras áreas restantes ao Império e depois às províncias, que as repassavam aos municípios para venderem aos foreiros ou serem utilizadas na criação de novos centros de população (CARNEIRO DA CUNHA, 2011).

O conceito e a classificação de terras devolutas estabelecidas pela Lei de 1850 tornam-se importantes no contexto das terras indígenas, pois geraram consequências para as terras por eles aldeadas; assim, é necessário observar essa perspectiva. As aldeias indígenas foram consideradas como posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, e, para legitimar essa posse, tornava-se necessário praticar atos para o processo de legitimação e registro (ARAÚJO JUNIOR, 2015, p. 109).

Assim, quando havia demandas territoriais entre posseiros e indígenas, passou-se a exigir que estes comprovassem suas posses, por meio de registro, o que levou à subtração de vários territórios.

A Lei nº 601/1850, lei de terras, demonstrava possuir um conteúdo eminentemente integracionista, em razão das várias características em relação as terras pontuadas acima, desse modo, o direito à terra indígena foi projetado como um direito individual e limitado.

Assim, os indígenas possuíam apenas o direito de usufruto exclusivo, sem a possibilidade de disposição territorial e somente alcançariam a propriedade plena mediante a sua emancipação. Desse modo, torna-se possível inferir que a estratégia governamental neste período foi estabelecer direitos para os indígenas como uma moeda de troca, sendo estes direitos concebidos para aqueles que seguissem as instruções governamentais.

Com isso, os índios que se comportassem adequadamente recebiam o direito à liberdade ou o direito a uma porção de terra a depender do interesse estatal. Cabe ressaltar, também, que, no ano de 1854, o Império promulgou o Decreto 1318 para regulamentar a aplicação da Lei de Terras; contudo, a situação das terras indígenas em nada se alterou (BRASIL, 1318).

Sendo que as terras aldeadas e aquelas que os indígenas tinham a posse continuaram a ser subtraídas, agravando ainda mais o contínuo esbulho territorial que

os índios sofriam na vigência do Governo Imperial. Dessa forma, o Decreto nº 1.318 de 1854 definiu que as terras devolutas se destinavam à colonização e ao aldeamento de indígenas nos distritos onde existissem hordas selvagens.

E estabeleceu que as terras reservadas para colonização de indígenas, e por eles distribuídas, seriam destinadas à posse indígena de modo individual, e não como um direito coletivo, sendo que este direito somente seria ratificado com o consentimento governamental.

Nesse sentido, a posse das terras dos aldeamentos era reconhecidamente dos indígenas, contudo, o domínio das terras só lhes seria concedido quando houvesse o reconhecimento do seu estado de civilização. Nesse sentido, observa Cunha, que as terras dos aldeamentos acabaram sendo tratadas a partir da Lei das Terras como apenas reservadas e destinadas a uma ulterior doação aos índios.

E isso configurava uma forma de expropriação territorial a que se segue a extinção das aldeias e a liquidação de suas terras, sem que a doação se efetive. A ausência dos indígenas, em um primeiro momento na Constituição de 1824, e as medidas autoritárias do Estado em relação aos índios demonstravam o objetivo estatal de tentar governar os indígenas segundo os preceitos estatais.

As medidas infraconstitucionais, no período de 1824, visavam a inserir os indígenas na lógica ocidental daqueles que governavam o país, e, para tanto, utilizavam-se formas de tornar invisível a presença indígena ou de inviabilizar sua existência. A proposta legislativa do Império baseava-se no paradigma assimilacionista ou integracionista, que projetava o indígena como um indivíduo pertencente a uma sociedade primitiva.

Portanto, o Estado julgava que para o bem-estar indígena, e desenvolvimento do país seria necessário tutelar o indígena e o e adaptar à cultura nacional. Nesse sentido, a concepção oficial de “índio”, neste primeiro momento, não permitia sequer a garantia de suas terras, enquanto propriedade coletiva do grupo indígena (FREITAS JÚNIOR, 2009, p. 29).

A Constituição de 1824, de início, nada mencionou a respeito dos direitos indígenas em seu texto constitucional. Dessa forma, até a decretação do Ato Adicional de 1834, os direitos indígenas foram regulados por normas infraconstitucionais, as quais envolviam desde a liberdade indígena até os direitos territoriais.

A principal norma que enfraqueceu ainda mais os direitos territoriais indígenas foi a Lei de Terras de 1850, a qual destinou aos indígenas as terras da colonização e

provocou a transformação das terras aldeadas em devolutas, ainda que, na norma, não houvesse essa possibilidade.

Nesse contexto, torna-se possível inferir que os atos governamentais oriundos do Império se baseavam no paradigma assimilacionista ou integracionista, que considerava os indígenas apenas uma realidade transitória, conseqüentemente, seus direitos somente seriam considerados até que se incorporassem a comunhão nacional.

A exemplo dessa transitoriedade tem-se os aldeamentos, os quais foram incorporados aos bens nacionais, em razão de o Estado considerar que os indígenas já se encontravam civilizados (FREITAS JÚNIOR, 2009, p. 29).

Em 1889, o Brasil se torna uma República e, no ano de 1891, uma nova Constituição é elaborada, trazendo mudanças formais ao Estado, como a instituição de uma República Federativa. Entretanto, a reorganização da sociedade brasileira não modificou substancialmente o relacionamento entre os povos indígenas e o colonizador, o qual continuou sendo mediado pela Igreja Católica.

Cabe destacar que, sob a influência da Escola Positiva de Auguste Comte, foi elaborado um projeto de Constituição, publicado em 1890, que garantia a proteção às sociedades indígenas e a não-violação dos seus territórios. O projeto da primeira Constituição republicana, apresentado pelos positivistas, apontava a política que deveria ser adotada com os grupos indígenas, parcela integrante da República que eclodia. Todavia, o projeto apresentado não foi aprovado.

A Carta Magna promulgada em 24 de fevereiro de 1891 sequer mencionou os índios em seu contexto (ÁVILLA LOPES; MATTOS, 2006, p. 224). Apesar do texto constitucional não mencionar os direitos indígenas, houve uma prescrição que afetou diretamente as terras indígenas.

A prescrição normativa de 1891 que atingiu os territórios indígenas foi o artigo 64, que previa o seguinte: “pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais” (BRASIL, 1891).

Essa previsão normativa significava que, aos Estados, caberia o domínio das terras devolutas, e, conseqüentemente, os Estados iriam legislar sobre o modo de aquisição, ocupação e legitimação da posse e da propriedade de tais áreas. Dessa maneira, foi instituída a autonomia estadual de deliberar sobre o uso dos bens

públicos, assim, inverteram um de seus objetivos básicos, que era o de regularizar apropriação desenfreada das terras públicas, prevalecendo usurpação das terras públicas, dentre elas, as que eram ocupadas pelos indígenas (BERCOVICCI, 2004, p. 134).

Os Estados passaram a transformar posseiros em proprietários, adaptando a Lei de 1850 aos interesses dos grandes posseiros. Assim, os aldeamentos eram extintos conforme o interesse dos proprietários influentes de cada Estado, bem como a dilatação dos prazos para a legitimação dos territórios. A estadualização das terras devolutas aumentou a expropriação das terras aldeadas por meio da influência dos grandes Coronéis de cada estado (SILVEIRA, 2001, p. 27).

Os esbulhos territoriais, nessa época, eram caracterizados pelo deslocamento ou concentração de grupos indígenas, de modo a reduzir a extensão da ocupação territorial, proporcionando aos coronéis terem suas extensões de terras aumentadas em razão da liberação das terras aldeadas. Com isso, a regulamentação do regime das terras indígenas se tornou ainda mais problemática.

O conflito em torno das terras indígenas se dava em virtude da confusão em estabelecer se o domínio das terras aldeadas era do Estado ou dos índios. Visto que o Alvará 1680 reconhecia os direitos indígenas daqueles territórios ocupados originariamente pelos índios, isto é, a tese do indigenato.

Muitos aldeamentos extintos estavam localizados em territórios de ocupação imemorial indígena, logo, fundada em um direito originário não passível de ser devoluta. A confusão ocorreu entre distinguir as terras dos aldeamentos extintos (que seriam devolutas, conforme Constituição de 1891), daquelas terras dos aldeamentos extintos de área de ocupação imemorial (que são reservadas das terras devolutas, conforme preceituou a Lei de Terras). Esse foi mais um elemento para facilitar os esbulhos territoriais indígenas.

A atenção legislativa do período republicano somente se voltou aos indígenas no ano 1910, com o Decreto nº 8.072, quando foi criado o Serviço de Proteção aos Índios (SPI). Nessa fase, o paradigma assimilacionista ou integracionista ainda era vigente entre os governantes, os juristas e os legisladores, a exemplo da sociedade como um todo, assim os indígenas não eram reconhecidos de acordo com sua identidade étnica.

A exemplo da continuação da política assimilacionista ou integracionista, pode-se citar um dos objetivos expressos no referido decreto, que era o de prestar

assistência àqueles que se encontravam aldeados, reunidos em tribos ou que viviam como civilizados (BRASIL, 1910). Menciona-se também o objetivo de pacificação dos índios, como premissa necessária à incorporação do sertão brasileiro à economia nacional, possibilitando o desenvolvimento das atividades pecuárias, agrícolas e industriais (BRASIL, 1910).

O SPI foi inicialmente chefiado pelo Marechal Rondon, cuja atuação, à época, ficou marcada pelo respeito e pela não violência contra os indígenas, tendo adotado como lema a frase “morrer, se preciso for, matar nunca”. Entretanto, essa política de não violência era uma estratégia estatal para que o governo pudesse expandir os poderes estatais em relação aos indígenas e promover a completa assimilação indígena, segundo os estudos de Souza (2006).

Nesse momento, configura-se o poder tutelar do Estado para com os indígenas, de modo a conduzi-los à aculturação e a incorporarem-nos à estrutura estatal, por meio do trabalho na agricultura.

À época, o ideal assimilacionista era fortemente influenciado pelo positivismo, o qual compreendia o indígena como um ser que se encontrava em um estágio cultural inferior e transitório, o qual necessitava de ajuda para se preparar para a civilização (ANJOS NUNES, 2009, p. 513). Assim, acreditava-se que o processo de evolução dos seres humanos seria único, e que a civilização ocidental seria o seu plano mais avançado.

Por isso, seria necessário proteger os indígenas com o poder tutelar estatal, a fim de evitar que, durante o processo de transição, ocorresse sua exploração e que fossem dizimados. Com isso, a tutela estatal seria apta a afastar essas consequências e ainda tinha a função de demarcar as terras indígenas para que se evitasse as invasões, bem como atuar como órgão de assistência aos indígenas nas áreas da saúde, educação e capacitação econômica (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p. 119).

Nesse contexto do poder de tutela, ressalta-se que, na vigência da Constituição de 1891, foi promulgado o Código Civil de 1916, o qual também reforçava o poder de tutela em relação aos índios. O referido Código denominava os indígenas como silvícolas, tratando-os como relativamente incapazes, até que se adaptassem à civilização do país. Dessa forma, generalizou-se a tutela orfanológica, que já vinha sendo empregada pelo Estado desde a Lei de 1831, a qual considerava os indígenas órfãos e, por isso, seriam tutelados por um juiz.

No que tange as terras indígenas, o Decreto 8072 que instituiu o SPILTN, inicialmente previa que o Governo Federal, por intermédio do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (e sempre que fosse necessário), entraria em acordo com os governos dos Estados ou dos Municípios; para que fossem convenientemente legalizadas as posses das terras ocupadas pelos índios (BRASIL, 1910).

Tal previsão se torna relevante, pois demonstra que o órgão assistencial indígena não possuía autonomia para reconhecer as terras indígenas. Assim, o governo federal só poderia demarcar as terras indígenas após entendimentos com os governos estaduais e municipais (ARAÚJO, 2006, p. 27).

Esta prática adotada – de discutir as demarcações de terras indígenas com os governos de Estados e de Municípios – agravou os esbulhos territoriais indígenas. Dessa forma, as terras indígenas, quando demarcadas, tinham sua extensão diminuída, para que as áreas mais produtivas fossem liberadas aos governos locais.

A liberação dessas terras fazia com que os indígenas fossem alocados em aldeias governamentais. Essa maneira estatal de agir será analisada no presente trabalho quando se analisar o histórico do território Panambi Lagoa Rica, dos guarani kaiowá, no estado de Mato Grosso do Sul (ARAÚJO, 2006, p. 27).

No ano de em 1928, mediante o Decreto nº 5.484, de 27 de junho, o regime tutelar dos índios foi alterado, deixando de se guiar pelo caráter orfanológico, em que juízes se responsabilizavam pelos indígenas. O citado decreto também estabeleceu, em seu artigo 10, que o Governo Federal promoveria a cessão gratuita para o domínio da União das terras devolutas que pertenciam aos Estados, que se achassem ocupadas pelos índios, bem como a das terras das extintas aldeias, que foram transferidas às antigas Províncias pela Lei de 20 de outubro de 1887 (BRASIL, 1928).

Essa prescrição tinha como objetivo formar uma aliança entre o Governo Federal e os Governos Estaduais para reservarem terras a sobrevivência física dos indígenas; bem como inserir ações estatais para a aculturação indígenas. Contudo, assim como o Decreto 8072, o Decreto 5484 não apresentou uma solução eficaz para que os governos estaduais respeitassem ou demarcassem as terras indígenas, assim os contínuos esbulhos das terras indígenas permaneceram na vigência da Constituição de 1891.

1.3 A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS INDÍGENAS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934 foi o primeiro texto constitucional a mencionar direitos indígenas. Dessa forma, a previsão constitucional instituiu a competência privativa da União para legislar sobre a incorporação dos indígenas à comunhão nacional (BRASIL, 1934).

Em relação às terras indígenas, foi estabelecido, no artigo 129, que a posse das silvícolas seriam respeitadas, desde que estes se achassem permanentemente localizados nestas, sendo vedada sua alienação (BRASIL, 1934). Dessa forma, pela primeira vez, o texto constitucional brasileiro menciona os direitos indígenas territoriais, ainda que continuasse sendo orientado pelo paradigma assimilacionista ou integracionista, que compreendia os indígenas como uma realidade transitória.

A competência privativa reservada apenas para a União legislar sobre a matéria indígena demonstrou um pequeno para os interesses indígenas (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 62). Visto que essa competência esteve ao cargo das Assembleias Provinciais e do Império (Ato Adicional de 1834), e depois passou aos Estados da Federação (Dec. nº. 7, § 12, de 1889, do Governo Provisório), sendo que isso favorecia intensamente a usurpação dos direitos indígenas molestados e espoliados em seus direitos (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p. 86).

Assim, a questão indígena foi trazida de modo integral para o âmbito federal, neutralizando a política ocupacionista reforçada pelos Estados a partir da Constituição Republicana de 1891 (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 62). Segundo Pontes de Miranda (1970, p. 436), o reconhecimento da posse indígena na Constituição de 1934 foi determinado em função de dois pressupostos básicos: a posse e a localização permanente.

Provada a existência desses dois pressupostos, a terra seria da comunidade indígena ainda que terceiros exibissem títulos de domínio. Entretanto seria necessário que houvesse a posse e a localização permanente a terra pertenceria ao nativo .

Destacando que essa condição foi estabelecida pela Constituição, e qualquer alienação de terras que existisse por parte dos silvícolas ou em que se achassem permanentemente localizados e com posse seria nula (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 436). A previsão constitucional também influenciou uma mudança na atuação do SPNITL, por meio do Decreto nº 736, de 6 de abril de 1936.

O referido decreto prescreveu que o Serviço de Proteção ao Índio estava autorizado a realizar medidas para impedir que as terras habitadas pelos silvícolas fossem tratadas como devolutas, devendo demarcá-las, respeitá-las e reconhecê-las, bem como legalizar a posse dos índios já reconhecida pelos Governos Estaduais ou Municipais (BRASIL, 1936).

Caberia ao órgão, também, legalizar as posses indígenas reconhecidas em virtude da Lei de 18 de setembro de 1850 e outras posteriores. Ainda que fosse nos casos de extinção de aldeamentos, provando que o fato de os governantes terem deixado de administrar esses aldeamentos ou estabelecimentos.

E também no caso de superintendê-los, não justificava que os índios, ou os seus descendentes, fossem espoliados de suas terras (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p. 81). Destaca-se que o fundamento do dispositivo constitucional, bem como a alteração da atuação do órgão de assistência indígena, foi, de fato, o reconhecimento formal dos direitos originais dos índios, de acordo com o Alvará de 1º de abril de 1680 (FREITAS JUNIOR, 2010, p. 64).

Junto a essa interpretação formal do Alvará de 1680, a norma constitucional impôs o gravame da inalienabilidade em relação às terras indígenas, incluindo uma proteção adicional aos interesses dos índios. Convém pontuar que a referida proteção vedava não apenas a alienação das terras indígenas por parte dos não indígenas, mas proibia os próprios índios de aliená-las ou transferi-las (FREITAS JUNIOR, 2010, p. 64).

Com isso, o texto constitucional de 1934, no plano normativo, restringia o tratamento depredatório e negociata dado as terras indígenas, dificultando as espoliações aos direitos dos indígenas, que foi facilitado pelas Constituições anteriores.

Na égide da Constituição de 1934, no ano de 1936, foi estabelecido o Decreto nº 736, que encarregava o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) de impedir que as terras habitadas pelos silvícolas fossem tratadas como terras devolutas, devendo realizar as demarcações territoriais necessárias, e, conseqüentemente, a legalização das áreas indígenas.

Além dessa importante previsão citada em relação às terras, esse decreto previu uma série de medidas protetivas aos indígenas, tais como:

- a) a previsão da proteção, a assistência, a defesa e o amparo aos índios serem prestados na própria terra por eles habitadas, salvo

hipóteses de afastamentos por enchentes, secas, epidemias ou outras calamidades ou motivos justificáveis;

b) pretendeu garantir a posse das terras habitadas pelos índios como condição indispensável e básica de sua tranquilidade e de seu desenvolvimento futuro;

c) buscou impedir, pelos meios legais, que funcionários do SPI ou qualquer particular, leigo ou religioso, se tornassem parceiros ou possuidores dos bens ou das terras indígenas;

d) determinou-se que o SPI promovesse os atos necessários para que fossem respeitadas as posses dos índios já reconhecidas pela Lei de Terras ou outras posteriores, embora se tratasse de aldeamentos extintos, provando que não se justifica que os índios ou seus descendentes sejam espoliados de suas terras, posto que os governos tenham deixado de administrar ou superintender os aldeamentos ou estabelecimentos;

e) afirmou que ninguém poderia construir ou fazer benfeitorias em terras indígenas para gozo ou lucro próprio, sob pena de aplicação da parte final do artigo 547, do Código Civil então vigente, que determinava a reposição das coisas em seu estado anterior e a reparação dos danos causados;

f) estipulou que todos os imóveis construídos em terras indígenas, bem como os bens móveis e semoventes nelas existentes ou introduzidos seriam considerados de propriedade da comunidade indígena habitante daquelas terras (BRASIL, 1936).

O referido decreto considerava como terras indígenas: a) aquelas nas quais à época os índios viviam e que já primariamente habitavam; b) aquelas que os índios à época habitavam e eram necessárias ao meio de vida compatível com seu estado social, utilizadas para caça, pesca, indústria extrativa, lavoura ou criação; c) aquelas que já houvessem sido ou viessem a ser reservadas para o uso dos índios, ou fossem reconhecidas como de sua propriedade a qualquer título (BRASIL, 1936).

Os princípios estipulados pelo decreto tornam-se importantes, em razão de terem sido incorporados ao direito indigenista brasileiro no plano constitucional e infraconstitucional, inclusive, no Estatuto do Índio, como será analisado no momento pertinente.

A segunda Constituição a mencionar os direitos indígenas no rol constitucional foi a Constituição Federal de 1937, a qual recepcionou a orientação inaugurada pela Constituição Federal de 1934, realizando apenas uma breve alteração de linguagem no artigo referente à posse dos indígenas, que passou a ter a seguinte redação: art. 154 - "Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizadas em caráter permanente, sendo-lhes, vedada a alienação das mesmas" (BRASIL, 1937).

De modo diverso, a Constituição de 1937 nada mencionou a respeito da competência legislativa indígena, assim, infere-se sua preocupação em resguardar a posse dos índios nas terras por eles ocupadas em caráter permanente. No entanto, essa omissão se relaciona à estrutura de poder autoritário, vigente à época, quando o governo federal tudo podia, à revelia da vontade popular.

Observa-se que a omissão de competência legislativa em relação aos indígenas se relaciona como o modo que o Governo de Getúlio Vargas governava o país, de maneira autoritária, visto que este dissolveu o Congresso, outorgou uma nova Constituição e instituiu o Estado Novo.

A Constituição de 1937 prescreveu a proteção formal as terras indígenas, porém, na prática, o próprio presidente Vargas instrumentalizou políticas que visavam à ocupação territorial no Brasil, sendo que isso atingiu as terras indígenas. O nome dessa política se deu como “Marcha para o Oeste”, lançada na véspera de 1938.

A sistemática adotada pela referida marcha seria a transferência dos indígenas para os aldeamentos, a fim de garantir a sobrevivência dos índios, e as terras indígenas que teriam sido demarcadas, tais como estabelecidas pela Constituição Federal de 1937 não seriam mais necessárias, pois os indígenas deixariam seu modo de vida quando se integrassem à comunhão nacional (GARFIEDL; COLLEGE, 2000, p. 234).

A Constituição de 1946 foi elaborada sob a égide de um processo duvidoso de redemocratização. Nesse processo de configuração de um novo texto constitucional, a formação do Congresso Constituinte e as inúmeras discussões existentes sobre o relacionamento entre Estado e grupos indígenas continuou com a ideologia assimilacionista que visava à incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Assim retornou ao texto constitucional a competência legislativa da União de tratar a incorporação dos indígenas à comunhão nacional (BRASIL, 1946). Os direitos territoriais também foram assegurados pelo texto de 1946, proibindo também a transferência das terras indígenas, por qualquer título.

Essa proibição foi prevista no artigo 216, da Constituição de 1946: “será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem” (BRASIL, 1946). A nova gramática referida no texto constitucional de 1946 se diferenciou das previsões constitucionais anteriores, as quais previam apenas sobre a proibição de alienar as terras indígenas.

Com isso, a Constituição Federal de 1946 impôs aos índios a proibição de transferi-las, por qualquer título.

Entretanto, essa alteração (de cunho meramente gramatical) não produziu efeitos interpretativos diversos da orientação implementada pela Constituição Federal de 1934. Segundo Bastos (1985, p. 90), juridicamente, “alienação” implica a cessão de bem que pertence àquele que aliena, enquanto o termo “transferência” implica a cessão do bem, que não precisa ser necessariamente da titularidade daquele que transfere.

Permanecia então a impossibilidade jurídica dos índios cederem a posse das terras tradicionalmente ocupadas a terceiros não-índios, tal como nas Constituições anteriores. De modo que a titularidade da posse repousava sobre a comunidade indígena, e não sobre os índios, individualmente; portanto, a propriedade continuava a pertencer à União.

Segundo Pontes de Miranda (1960, p. 318), a posse dos indígenas sobre as suas terras é “transmissível hereditariamente segundo a regra do direito das coisas, entre os membros da tribo, se ainda de tribo se trata”. Contudo, observa-se que, no Direito Civil, a transferência de direitos se dá em decorrência de *causa mortis*, e a aquisição da propriedade ocorre no momento da morte do indivíduo.

Enquanto na seara indígena, o direito à posse sobre as terras que ocupam se origina por ocasião do nascimento, daí dizer-se de um direito congênito, o indigenato. Ressalta-se, entretanto, que a posse da terra indígena não é um direito individual, mas uma posse coletiva, de maneira que inexiste parcela de terra de ocupação tradicional indígena cuja titularidade caiba a um só índio.

Nesse sentido, a extensão da terra, objeto da posse indígena, cabe à comunidade indígena coletivamente e transmite-se de geração em geração. Assim, a morte de um índio ou de uma família indígena pertencente à comunidade não ensejará a transmissão de sua parte a outros índios, porque a posse sobre a terra é indivisa, cabe a toda a comunidade indígena (PONTES DE MIRANDA, 1960, p. 318).

Essa interpretação é um ponto comum dessas três Constituições, bem como a compreensão de que a localização permanente era compreendida como um pressuposto do passado, ou seja, deveria haver uma ocupação da terra desde tempos imemoriais pela comunidade indígena para se configurar determinado território como terra indígena (MARQUES, 2012, p. 5).

Após a Constituição de 1946, tem-se a Constituição Federal de 1967, a qual também manteve a competência exclusiva da União para legislar sobre a incorporação dos indígenas à comunhão nacional. Quanto ao direito territorial dos indígenas, estabeleceu a seguinte norma “Art. 186 - É assegurado aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o direito de usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes” (BRASIL, 1967).

Dessa maneira, a norma constitucional de 1967 se diferenciou dos textos constitucionais anteriores, pois foi concedida aos silvícolas a posse permanente das terras que habitavam, sendo que a palavra “habitavam” configurou a ideia de permanência, se diferenciando das Constituições anteriores, as quais se referiam à posse das terras indígenas de modo imemorial com pressuposto passado.

Assim, ainda que o texto constitucional de 1967 possuísse uma orientação assimilacionista em relação à identidade indígena, há uma mudança significativa na manutenção dos direitos territoriais indígenas, visto que o habitat proporcionado pelas terras indígenas passa a se referir aos territórios indígenas como uma perspectiva para o futuro.

Outra mudança relevante que a Constituição Federal de 1967 operou em relação as terras indígenas foi a supressão ao impedimento de aliená-las e a inclusão dessas terras no rol dos bens da União, como assevera o seguinte artigo: “artigo 4º - Incluem-se entre os bens da União: IV – as terras ocupadas pelos silvícolas” (BRASIL, 1967).

As terras indígenas passaram a integrar o patrimônio da União, por disposição constitucional, proporcionando, em tese, uma proteção jurídica mais objetiva – em sentido *ipso facto* inalienáveis, salvo por autorização legislativa (FREITAS JUNIOR, 2010, p .66).

Observa-se que, apesar de as terras indígenas terem passado a bens da União, a exclusão do impedimento de alienabilidade dessas terras poderia abalar a segurança dos direitos indígenas, pois deixava em aberto a possibilidade da transferência desses bens pela União (ainda que fossem reconhecidos aos silvícolas a posse permanente das terras por eles habitadas e o usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes).

Destaca-se que, na vigência do texto constitucional de 1967, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) foi extinto e as atribuições atinentes às comunidades

indígenas foram transferidas para a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, criada nos termos da Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967 (ANJOS NUNES, 2009, p. 601).

Dentre as razões da extinção do SPI, cabe citar o fato de que, após o golpe militar de 1964, a diretoria daquele órgão foi substituída, e os seus novos membros foram envolvidos em uma série de denúncias sobre a prática de diversos crimes, atos de corrupção e até de tortura e de massacre contra índios (ANJOS NUNES, 2009, p. 602).

De acordo com a doutrina indigenista, a intenção era fazer com que o novo órgão solucionasse definitivamente os problemas relativos aos índios, o que se daria, na visão da época, com a sua transformação de uma vez por todas em brasileiros, por intermédio da assimilação cultural plena.

Segundo Gomes, a ideia era a de que a FUNAI cumprisse todas as etapas necessárias para esse fim, terminando o trabalho iniciado pelo SPI, o que incluía demarcar e regularizar as terras indígenas, promover o contato com os povos em isolamento, atender às necessidades de saúde e educação dos índios, tornar a economia indígena viável em termos de mercado (GOMES, 1991, p. 89).

A citada lei incluiu como um dos princípios da política indigenista a ser seguida pela FUNAI “o resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução socioeconômica se processe a salvo de mudanças bruscas· assim como promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional” (BRASIL, 1967).

Nota-se que o paradigma assimilacionista continuava a reger as ações indigenistas do Estado, embora agora por meio de um novo órgão. No rol das Constituições, após a Constituição de 1967, há a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro 1969. Dessa forma, o texto constitucional até então vigente permaneceu, porém novas as disposições constitucionais conferiram tratamento jurídico aprimorado às terras indígenas.

O texto constitucional mantido foi o seguinte: “as terras habitadas pelos silvícolas seriam inalienáveis nos termos determinados por lei federal, cabendo-lhes mais uma vez a sua posse permanente e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes” (BRASIL, 1969).

A nova disposição constitucional se deu no seguinte sentido:

Fica declarada a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação dessas terras, negando-se ainda aos ocupantes o direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio (BRASIL, 1969).

Na vigência da referida Constituição, foi elaborada a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, denominada “Estatuto do Índio”. A lei infraconstitucional trouxe alguns avanços para a época, por exemplo, disciplinar de modo mais adequado as terras indígenas, embora ainda longe do ideal, bem como a previsão de medidas assistenciais e promocionais daqueles povos.

Como aspecto negativo, na citada lei, há o retorno do tratamento do instituto da tutela a partir do direito privado comum, dispondo, também, sobre a possibilidade de emancipação individual ou coletiva da tutela. Isso demonstra que a presente norma foi construída com base no paradigma assimilacionista.

Tanto assim que, partindo de conhecida distinção utilizada por Darcy Ribeiro (1996, p. 487), o qual classificou os índios, mais uma vez, equivocadamente, denominados silvícolas, como isolados, em vias de integração e integrados à comunhão nacional, submetendo-os a uma tutela especial (BRASIL, 1973).

O ideal assimilacionista ou integracionista também influenciou o regime das terras indígenas a partir da Lei nº 6.001/73. O artigo 65, do Estatuto, previa que as terras indígenas deveriam ser demarcadas em um prazo máximo de cinco anos, assim, o governo brasileiro, comandado pelo General Ernesto Geisel, impôs uma rápida emancipação aos índios que se encontravam tutelados pelo Estado, visando a integrá-los de uma vez por todas (ANJOS NUNES, 2009, p. 518).

Com isso, o Estatuto do Índio, que, em tese, representava um amparo aos direitos territoriais indígenas, foi utilizado como um instrumento para que o governo atendesse aos interesses de outros segmentos, que não fosse dos índios, tal como nas manobras normativas pretéritas demonstradas ao longo deste capítulo.

No contexto da vigência da Emenda nº 1 de 1969, cabe destacar que a década de 1970 tornou-se palco das Assembleias Indígenas, que contribuíram para o fortalecimento do movimento indígena, os quais eram até então dispersos e distantes uns dos outros (ANJOS NUNES, 2009, p. 518).

Desse modo, os movimentos indígenas foram se conscientizando de sua situação, bem como do reiterado desrespeito com seus direitos que os governos brasileiros vinham promovendo, não cumprindo os textos constitucionais que

asseguravam minimamente seus direitos territoriais. Com isso, estes movimentos foram se articulando conjuntamente em torno da defesa dos seus direitos, assumindo um papel ativo e proeminente nessa luta.

1.4 OS DIREITOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Em 1980, foi criada a União das Nações Indígenas (UNI), durante o 1º Seminário de Estudos Indigenistas, a qual foi a peça elementar para que, posteriormente, fossem fundadas organizações indígenas regionais e locais. Nesse sentido, o movimento indígena (NEVES, 2003, p. 117) foi se fortalecendo politicamente, sendo que isso se tornou fundamental para a luta em prol da dignidade e do reconhecimento da identidade indígena.

Os indígenas passaram a questionar a política assimilacionista até então desenvolvida pelo Estado brasileiro, argumentando que essa política se fundava em um pensamento sociológico e antropológico evolucionista que já tinha sido superado pela comunidade científica, a qual o considerou prejudicial por não considerar a importância e a riqueza da diversidade étnica e cultural dos povos indígenas.

A partir desse protagonismo assumido pelos índios, a questão indígena começou a tomar um novo formato em relação ao tratamento do indígena pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso influenciou os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1987/1988, diante do processo de redemocratização na década de 80, na tentativa de elaborar uma Constituição verdadeiramente democrática e que considerasse a identidade indígena.

Desse modo, os povos indígenas brasileiros demandaram que lhes fossem destinadas cadeiras especiais na Assembleia Constituinte (ANJOS NUNES, 2009, p. 519). Contudo, a proposta não foi aceita pela Comissão Afonso Arinos, tendo em vista entendimento esposado pelo seu presidente no sentido de que a FUNAI, como órgão tutor, já representaria legitimamente as comunidades indígenas. Diante disso, sete candidatos indígenas concorreram nas eleições de 1986, mas nenhum deles foram eleitos (ANJOS NUNES, 2009, p. 519).

Os insucessos não foram suficientes para enfraquecer o movimento indígena, o qual participou efetivamente dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, visando a defender os seus interesses durante a elaboração da Lei Maior, e, para tanto, contaram com o apoio de setores progressistas da sociedade brasileira.

A atuação do movimento indígena na constituinte se deu ativamente por todos os meios legítimos possíveis, para que houvesse apoio suficiente para formar a frente parlamentar que tentava construir o Programa Mínimo para os Direitos Indígenas na Constituinte, elaborado pela UNI.

Ao longo dos trabalhos na constituinte, o referido programa se transformou na denominada “proposta unitária”, subscrita pelo Deputado Constituinte José Carlos Sabóia e entregue à Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, integrante da Comissão da Ordem Social.

A subcomissão ouviu no Congresso Nacional os representantes de onze povos indígenas; além disso, foi ao sul do Pará ouvir lideranças Kayapó na aldeia Gorotire (GRUPIONI, 2005, p. 165), e, ao fim, aprovou-se um texto avançado, o qual foi abraçado pela Comissão da Ordem Social.

Entretanto, após a aprovação do referido texto, houve uma série de matérias jornalísticas publicadas no Jornal O Estado de São Paulo, as quais denunciavam o texto aprovado sob o argumento que este possibilitava a criação de um novo estado, o Estado Yanomani, o qual estaria em prol dos interesses de mineradoras privadas.

Essas denúncias demonstravam uma suposta conspiração internacional que estaria sendo levada a cabo pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) com o objetivo de criação de um Estado Indígena e redução da soberania brasileira (O ESTADO DE SÃO PAULO, 1987). As reportagens veiculadas motivaram a formação de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, a qual concluiu pela improcedência das denúncias.

Contudo, apesar de a comissão demonstrar que a denúncia era improcedente, os avanços do texto da subcomissão se perderam, dando lugar a um texto substitutivo elaborado pelo Relator da Comissão de Sistematização, o Deputado Constituinte Bernardo Cabral.

Depois desse episódio, o indígena de Ailton Krenak, coordenador da UNI, com o rosto pintado em sinal de luto, fez um discurso no Plenário da Comissão de Sistematização, defendendo a existência de uma Emenda Popular à Assembleia Constituinte elaborada pelas populações indígenas (GRUPONI, 2005, p. 159).

A partir disso, os indígenas partiram para os corredores e gabinetes do Congresso Nacional, realizando vigílias à porta do plenário, mobilizando a opinião pública nacional, dentre outras estratégias de atuação, visando à aprovação de emendas em favor de seus direitos. Com essa mobilização, o movimento indígena

conseguiu um acordo de líderes pela aprovação de emendas em favor dos seus direitos (LACERDA, 2008, p. 16).

A participação indígena na Constituinte de 1988 produziu bons resultados a favor dos direitos indígenas, e, principalmente, a ruptura com o paradigma assimilacionista ou integracionista que orientava os textos constitucionais pretéritos. Com isso, o texto constitucional de 1988 consolidou uma Constituição que destacou os índios e seus direitos.

E infere-se esse destaque por meio das seguintes prescrições normativas: mantiveram-se as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios no domínio da União (art. 20, XI) (BRASIL, 1988); bem como a competência privativa desta para legislar sobre populações indígenas (art. 22, XIV) (BRASIL, 1988); determinou a competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais (art. 49, XVI) (BRASIL, 1988).

No rol desses direitos, também foi firmada a competência da Justiça Federal para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas (art. 109, XI) (BRASIL, 1988); atribuiu ao Ministério Público a função institucional de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V) (BRASIL, 1988).

Disciplinou a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica dependem de condições específicas legalmente previstas quando essas atividades se desenvolverem terras indígenas (art. 176, § 1º) (BRASIL, 1988). Garantiu às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem, inclusive no ensino fundamental regular (art. 210, § 2º) (BRASIL, 1988).

Previu que o Estado protegerá as manifestações das culturas indígenas (art. 215, § 1º) (BRASIL, 1988); consagrou a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições indígenas (art. 231, caput) (BRASIL, 1988). No que tange aos direitos territoriais, estabeleceu que são reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, caput) (BRASIL, 1988).

Estipulou o dever da União de proteger e fazer respeitar os índios, seus bens e terras (art. 231, caput) (BRASIL, 1988); trouxe a definição das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 231, § 1º) (BRASIL, 1988), disciplinando cuidadosamente o seu regime jurídico (art. 231, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e

7º) (BRASIL, 1988) e firmando a competência da União para demarcá-las (art. 231, caput) (BRASIL, 1988), no prazo máximo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição (art. 231, caput, e 67 do ADCT) (BRASIL, 1988).

Conferiu legitimidade às comunidades e organizações indígenas para ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (art. 232) (BRASIL, 1988).

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS

Observada as transformações ocorridas ao longo dos textos constitucionais, bem como nas normas infraconstitucionais em relação aos direitos indígenas, em especial, o direito à terra, este capítulo tem como propósito analisar especificamente o direito à terra indígena regido pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, para chegar até o presente momento, foi necessário analisar a trajetória dos direitos indígenas desde a legislação colonial para haver uma compreensão ampla da problemática que circunscreve os direitos indígenas territoriais.

Ao longo dessa análise, outros direitos, além do direito à terra, foram observados, visto que a legislação os tratava de modo conjunto, em razão de o direito à terra ser pressuposto para os demais direitos, sejam eles os direitos materiais ou imateriais.

Nesse aspecto, o presente capítulo se dedicará especificamente ao direito às terras originárias tratadas no Capítulo VIII, no caput, do artigo 231, da Constituição de 1988, bem como seus parágrafos, mas também demonstrará como a Constituição Cidadã inaugurou um marco no direito indigenista brasileiro, o qual foi influenciado pela adoção de um Estado Democrático de Direito fundado pela República Federativa do Brasil.

Este marco é denominado como a “constitucionalização” dos direitos indígenas (BARBIERI, 2008, p. 69), que possibilitou que os direitos indígenas se tornassem direitos fundamentais, dotando o regime jurídico das terras indígenas como elemento necessário ao exercício da cultura e da tradição indígena e demais direitos fundamentais. Assim, o regime da Constituição de 1988 visou a atender as necessidades indígenas, suprimindo seus anseios e viabilizando o exercício de outros direitos fundamentais previstos em seu texto constitucional, a fim de preservar a cultura e a tradição indígena.

Para compreender a constitucionalização dos direitos indígenas, é preciso analisar os textos normativos que iniciam a Constituição Federal de 1988. O preâmbulo constitucional prevê que a República Federativa do Brasil é fundada em um Estado Democrático de Direito, o qual se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (BRASIL, 1988).

Os exercícios desses direitos representam um Estado que tem como pressuposto valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, que visa a harmonia social, comprometendo-se com a ordem interna e internacional (BRASIL, 1988).

Todos esses direitos assegurados no texto preambular são refletidos ao longo da Constituição, e passam a ter força normativa, assim, no artigo 1º, da CF/88, estão os fundamentos que estruturam a República Federativa do Brasil, os quais se relacionam com os direitos indígenas.

Dessa forma, a soberania, a cidadania, a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (BRASIL, 1988) constituem os fundamentos do Estado Democrático de Direito. A soberania nacional aplicada na causa indígena representa o Estado brasileiro, assegurando que os direitos constitucionais se concretizem, a fim de garantir o bem maior de um Estado soberano, que é o direito a uma vida digna, projetada onde os indígenas possuam uma relação imaterial, em um território originário.

A cidadania relacionada aos direitos indígenas consiste na adoção do reconhecimento constitucional do direito à diferença, denominado também “direito à alteridade”, o qual garante a igualdade de condições sociais e políticas que possibilitam aos povos indígenas ser cidadão pleno sem deixar de ser membro igualmente pleno de suas respectivas sociedades (BELTRÃO; OLIVEIRA; 2010, p. 710).

Com isso, a cidadania se estende para uma cidadania multicultural, que torna cultura indígena pressuposto para os demais direitos, rompendo com a superioridade institucional da cultura ocidental, que orientava os textos constitucionais anteriores. A cidadania brasileira é reconhecida de modo pleno aos indígenas, não sendo mais orientada pelo paradigma assimilacionista.

Nesse sentido os indígenas passam a atuar como sujeitos políticos com direito à autonomia e à autodeterminação do controle de suas instituições políticas, culturais, sociais e econômicas, tendo reconhecido as formas de participação, consultas e representação de seus interesses indígenas (BELTRÃO; OLIVEIRA; 2010, p. 719).

A dignidade humana pressupõe que a dignidade e a liberdade são inseparáveis (MAURER, 2005, p.100). Na concepção de Kant (1980), a dignidade é revestida como um valor de que se reveste tudo aquilo que é imensurável, que não tem uma cotação específica, um preço, isto é, não está sujeito a ser suprido por algo análogo.

Destarte, considera-se a dignidade atributo intrínseco ao homem enquanto ser moral: à medida que desempenham de modo independente o seu juízo prático, os seres humanos erigem diferentes personalidades humanas, cada uma delas categoricamente individual e insubstituível (KANT, 1980, p. 100).

Nesse sentido, a dignidade humana – junto à liberdade e ao exercício de juízo prático na questão indígena – tem como núcleo elementar a possibilidade de retomar o modo de vida de seus antepassados em seus territórios originários. Nos quais podem caçar, pescar, circular livremente por sua terra, portanto a compreensão indígena territorial, consiste na possibilidade de desfrutarem dos elementos físicos e imateriais necessários que se relacionam à dignidade humana indígena (RABELO, 2012, p. 238).

Após a dignidade humana, o texto constitucional coloca como elemento fundante do Estado brasileiro, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que também se relacionam com os direitos indígenas, apesar de parecer um fundamento conceitual distante da problemática indígena.

Dessa maneira, esse fundamento projetado a causa indígena consiste em permitir que eles possam trabalhar em conjunto com seus usos, costumes e tradições, assim, quando há um território tradicional, os indígenas podem realizar diversos trabalhos em contato com sua identidade étnica.

A exemplo do valor social do trabalho e da livre iniciativa (BRASIL, 1988), tem-se a preservação dos conhecimentos tradicionais, os quais dependem de um território tradicional para que os índios possam o preservar e ali fazer um trabalho sustentável.

Para finalizar os fundamentos estruturantes da República Federativa do Brasil, tem-se pluralismo político, o qual pode ser compreendido de forma extensa representando também o pluralismo multicultural.

O pluralismo significa a pluralidade de diferenças, as quais se ligam intrinsecamente ao conceito de dignidade humana, sendo um direito ao respeito e à tolerância de, em hipótese alguma, ser discriminado pelo fato de ser diferente ou adotar uma filosofia de vida, reverenciando-se a peculiaridade de cada indivíduo.

O pluralismo político pressupõe os variados aspectos sociológicos e culturais do país, tal como a identidade indígena. O artigo 3º, da CF/88, contempla os objetivos da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem

de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária consiste na promoção dos direitos de todos, mas, em especial, das minorias historicamente expostas a uma vulnerabilidade. Nesse contexto, os indígenas merecem uma atenção especial, devido à violência que sofreram diante dos textos constitucionais discriminatórios.

Desse modo, o rompimento com as práticas assimilacionistas incorporadas às Constituições, representa um avanço para a construção de uma sociedade justa e solidária. Contudo, para que essa sociedade se torne concreta, é imprescindível que o núcleo essencial dos direitos indígenas seja efetivado, assim, os direitos territoriais são presentes na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de fato.

Em seguida, o desenvolvimento nacional representa um princípio elementar do Estado Democrático de Direito, o qual vincula todos os poderes, órgãos e agentes estatais ao dever de atuar para haver um desenvolvimento integral de todos os segmentos sociais.

Entretanto, as minorias vulneráveis, como os indígenas, demandam um dever imperativo do Estado, visto que sua condição histórica possibilitou que pertencessem aos outros o poder econômico e social (BERCOVICCI, 2003, p. 25).

Desse modo, a atuação do Estado deve se pautar por um planejamento que envolva todos em condições de igualdade. Ressalta-se que o desenvolvimento nacional citado no referido artigo 3º, da nossa Lei Maior, pode ser compreendido como um direito fundamental implícito.

Conforme o entendimento de Ingo Sarlet, no sentido de que as expressões regime e princípios mencionados no § 2º, do artigo 5º, da Constituição, se referem às disposições contidas no Título I, artigos 1º a 4º, do texto constitucional (SARLET, 2000, p. 93). Em seguida, é prevista a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Este objetivo fundamental disposto à questão indígena diz respeito à redução das desigualdades históricas acumuladas pelos indígenas ao longo da trajetória do Estado brasileiro. Reduzir a desigualdade significa demarcar as terras originárias que provaram pertencer aos indígenas, as quais foram expropriadas dos indígenas por meio de manobras estatais espúrias.

Ao demarcar um território originário, possibilita-se àquela coletividade um local para viverem de maneira digna, não exposta a marginalização social, que ocorre

quando se deslocam diuturnamente em razão de não possuírem um território. Por fim, a promoção do bem de todos – sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – se concretiza por meio do cumprimento dos direitos estabelecidos na Constituição, e liga-se a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro.

Neste momento, cabe analisar o artigo 4º de modo pontual, pois o princípio da prevalência dos direitos humanos torna-se elementar no contexto dos direitos indígenas, já que incorporou a proteção dos direitos humanos face a República Federativa do Brasil.

A ratificação de documentos internacionais que asseguram a observância dos direitos humanos tais como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, as quais serão analisadas em momento oportuno neste trabalho.

A importância dos direitos humanos indígenas no contexto do direito pátrio é ser um instrumento adicional na proteção dos direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional, proporcionando aos direitos indígenas mais uma fonte normativa para sua concretização.

Destaca-se que essas convenções, a partir do momento que foram introduzidas ordenamento positivo interno, tornaram-se normas obrigatórias, possuindo força cogente. Desse modo as normas internacionais de direitos passam a estruturar uma sólida base para a concretização tanto dos direitos fundamentais como dos direitos humanos internacionais.

Com isso, a Convenção 169, da OIT, como a Declaração da ONU sobre os direitos humanos dos Povos Indígenas, tornam-se normas imperativas no âmbito nacional. E essas devem ser efetivadas pelos mecanismos do Poder Judiciário, como as sentenças que versam sobre os direitos indígenas, tal como será demonstrado por meio da análise da sentença do caso Panambi Lagoa Rica, que não assegurou o cumprimento dos direitos humanos indígenas e dos direitos fundamentais internos.

É necessário observar que o texto constitucional assegura o cumprimento dos direitos humanos no artigo 5º, § 2º, que assevera “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988), dado que corrobora a importância da eficácia dos direitos humanos no ordenamento pátrio.

Os direitos humanos indígenas, contidos nas convenções referenciadas serão analisados em capítulo próprio, portanto, neste momento, apenas pontuo a ligação e a importância dos direitos humanos com o texto constitucional.

Após tratar sobre a importância dos fundamentos, objetivos e a prevalência dos direitos humanos para a República Federativa do Brasil, torna-se necessário analisar o artigo 5º, que trata dos direitos e das garantias fundamentais, os quais também estão intrinsicamente ligados ao Capítulo VIII – Dos Índios (BRASIL, 1988).

O artigo 5º prescreve os direitos fundamentais de primeira dimensão, os quais se relacionam à liberdade do indivíduo, portanto, o Estado deve se abster de interferir na esfera privada do sujeito. Dessa forma, esses direitos são de cunho individualista, e afirmam-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, caracterizando-se como direitos de defesa (LAFER, 2000, p. 86).

Assim, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei são previstos no referido artigo de diversas formas gramaticais e semânticas. As quais são complementadas por um leque de liberdades, que inclui as liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.), bem como os direitos de participação política, revelando a correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.

O artigo 5º, caput, prevê: “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” (BRASIL, 1988).

E esse enunciado normativo que permite uma interpretação no sentido de que nenhum ser humano poderá ser discriminado por qualquer orientação pessoal; consequentemente, todos os seus direitos fundamentais serão assegurados. Assim, a leitura desse artigo, concomitante à leitura do artigo 231, caput³, gera a compreensão de que ao índio é assegurado seu direito a ser índio, ter sua identidade étnica reconhecida e considerada para os demais direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

³Artigo 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” (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, os direitos indígenas localizados no Capítulo VIII também podem ser denominados direitos fundamentais, visto que são interligados aos direitos contidos no artigo 5º, mas também, especialmente, por assegurarem a dignidade e a proteção dos direitos indígenas no sentido formal e no sentido material (CANOTILHO, 2003, p. 186).

A partir do artigo 5º, pode-se discutir a fundamentalidade dos direitos contidos no texto constitucional de 1988, bem como dos direitos indígenas. Ao afirmar que os direitos que estabelecem são direitos fundamentais, as razões que justificam essa afirmação são as seguintes: são parte integrantes da Constituição escrita, assim como o direitos prescritos no Capítulo VIII (Dos Índios). Portanto, integram o ápice do ordenamento jurídico.

E encontram-se na qualidade de normas constitucionais, submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60, da CF) (MARTINS NETO, 2001, p. 186) e são normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF).

Com isso, a fundamentalidade material aplicada no artigo 5º é empregada aos outros artigos constitucionais; em especial, frisam-se os artigos 231 e 232; portanto, os direitos fundamentais indígenas, assim como os do artigo 5º são elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.

Nesse contexto, é oportuno demonstrar que o Capítulo VIII (Dos Índios) (BRASIL, 1988) se relacionam com todas as garantias constitucionais, desde o texto preambular até as normas definidoras de direitos fundamentais.

Essa ligação também justifica o fato de os documentos internacionais de direitos humanos indígenas atuarem como normas conjuntas à proteção constitucional dos direitos indígenas (art. 5º, § 2º, da CF/88). Fato que justifica que esses documentos internacionais refletem um conteúdo de fundamentalidade material, possibilitando que se incorporem à proteção constitucional.

Os direitos constitucionais, sejam posicionados no artigo 5º ou no Capítulo VIII, são direitos fundamentais, pois são decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial asseguram a dignidade humana. Infere-se que a constitucionalização dos direitos indígenas consiste no pleno reconhecimento dos direitos indígenas, que é denominado como a constitucionalização dos direitos

indígenas, o qual rompeu com o paradigma assimilacionista ou integracionista que não reconhecia o direito a ser índios, e seus usos costumes e tradições.

Desse modo, o texto constitucional de 1988 estruturou o princípio da proteção da identidade (MENDES; COELHO, 2010, p. 186), que se funda no direito a ser diferente, o direito à alteridade. Os índios são reconhecidos em conformidade aos seus usos, costumes e tradições, pois o homem tem direito à liberdade de ser como seu juízo estabelece.

Assim, esse direito a alteridade é projetado, junto ao direito à liberdade, mas também ao direito à igualdade, possibilitando que os indígenas sejam efetivados seu direito cultural e territorial, tal como estabelecido no artigo 231, § 1º (BRASIL, 1988). Nesse sentido, o direito às terras originárias demarcadas se torna pressuposto para uma igualdade material, a inviolabilidade da vida privada do grupo indígena.

No rol da constitucionalização dos direitos indígenas, a Constituição de 1988 também estabeleceu que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial indígena, visto que esse grupo compõe a sociedade brasileira.

Essa previsão constitucional é compreendida pela leitura do artigo 215, § 1º “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (BRASIL, 1988).

A interpretação desse artigo também revela que a proteção estatal em relação à cultura indígena deve ser realizada conjuntamente com os órgãos estatais, pois estes possuem mecanismos protetivos, portanto, a leitura do artigo 20, IX, que prevê que as terras ocupadas pelos índios são bens da União, deve ser interpretada de modo a assegurar uma maior proteção as originárias demarcadas.

A Constituição Federal de 1988 assegurou todas as formas de expressão indígena que digam respeito à ação e à memória bem como suas formas de expressão; os seus modos de criar, fazer e viver; as suas criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às suas manifestações artístico- culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, a constitucionalização dos direitos indígenas rompe com qualquer antigo elemento assimilacionista, em relação aos indígenas. O reconhecimento da importância e a necessidade de preservação e de proteção à

cultura indígena, demonstra que a Lei Maior recusou o paradigma da assimilação forçada, que, dentre as suas premissas, albergava a ideia de que a sociedade civilizada, em razão do seu domínio e do seu intenso progresso tecnológico e científico, seria mais avançada do que aquelas tradicionais, as quais seriam primitivas (NUNES ANJOS, 2009, p. 510).

A Constituição de 1988 possibilitou uma estrutura constitucional em relação aos indígenas que reflete um Estado Democrático, possuindo como norma elementar o direito à diferença. Configurou, nesse sentido, um sistema jurídico com dispositivos e normas que não reflitam mais o ultrapassado pensamento de que há uma hierarquia entre as diversas culturas, e que que seria necessário fazer avançar o desenvolvimento das pessoas que pertenceriam à cultura indígena (ANJOS NUNES, 2009, p. 523).

Desse modo, o texto constitucional abre espaço a uma sociedade majoritária, que respeita as formas de cada ser humano; aquele discurso pretérito de que haveria uma forma superior de civilização (que seria dos brancos, e não dos indígenas) não é admitido pela Constituição Cidadã.

Nesse sentido, assim como pontua Orlando Villas Boas Filho, os indígenas passam a ser vistos não mais sob a perspectiva de uma futura incorporação à sociedade brasileira, mas sim a partir de si (VILLAS BOAS, 2003, p. 273). A Constituição de 1988 rompeu definitivamente com o paradigma assimilacionista, que orientava a velha tradição jurídica brasileira⁴ (SOUZA FILHO, 1998, p. 106).

À luz desse antigo modo de pensar discriminatório, os diplomas constitucionais anteriores defendiam que índios ocupavam um lugar inferior no processo de desenvolvimento. Portanto, deveriam ser incorporados à comunhão nacional para o seu próprio bem.

O reconhecimento de direitos especiais ocorria, quando muito, buscando preservar aquelas pessoas do simples extermínio durante o período necessário para que fossem paulatinamente abandonando os seus hábitos *selvagens* e absorvendo cultura e sabedoria ocidentais, tornando-se civilizados. Ao final desse processo a

⁴ “A Constituição de 1988 abriu, sem dúvida, um novo capítulo na história das relações entre o Estado e os povos indígenas, o conteúdo dessa relação foi revisto. A tônica de toda a legislação indigenista, desde o descobrimento, é a integração, dita de modo diverso em cada época e diploma legal [...]. Esta concepção é nova, e juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista. A partir de 05 de outubro de 1988, o índio, no Brasil, têm o direito de ser índio” (SOUZA FILHO, 1998, p. 106-107).

primitiva cultura indígena desapareceria e os povos indígenas seriam totalmente absorvidos pela sociedade branca.

Atualmente, ao contrário, a Constituição protege a identidade indígena, reconhecendo a importância da diversidade cultural e assegurando o direito de os índios serem diferentes e assim permanecerem enquanto desejarem (LIMA, 2016, p. 83) vedando ainda, como consequência do direito à liberdade e à igualdade material, qualquer possibilidade de serem discriminados por força dessa decisão.

Também impede, no âmbito jurídico, administrativo ou político, qualquer ato que implique, de maneira direta ou indireta, a afirmação de que a sociedade dominante é culturalmente superior aos indígenas. Disso resulta a necessidade de respeito e proteção ao modo de ser e de viver dos índios, os quais têm garantido o pleno exercício dos seus direitos culturais e os meios necessários à sua reprodução (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, BRASIL).

Nesse sentido a Constituição estipula que é dever do Estado proteger as manifestações culturais indígenas, bem como apoiar e incentivar a valorização e a difusão das mesmas (BRASIL, 1988). E, como se não fosse suficiente, incluiu a cultura indígena no patrimônio.

Dessa forma, é possível inferir que o ordenamento pátrio busca assegurar os direitos fundamentais e os direitos humanos indígenas, pois todos estes direitos também estão consolidados na Convenção 169 da OIT e na Declaração da ONU sobre os direitos indígenas.

Com isso, a construção de uma sociedade mais livre e solidária, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, fica mais próxima de concretização, tomando como pressuposto um direito justo. Esse modo de disciplinar as diferenças culturais torna-se consonante à arquitetura constitucional de um estado plural, com base na multiétnicidade.

O pluralismo multiétnico é extraído a partir do preâmbulo constitucional, o qual preconiza a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, além da menção aos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e aos diferentes segmentos étnicos nacionais (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, a doutrina brasileira tem assentado firmemente que a Constituição tornou explícito não só o pluralismo étnico (pluriétnicidade ou multiétnicidade) como também o pluralismo cultural (pluriculturalidade ou multiculturalidade) da sociedade brasileira (SANTOS FILHO, 2006, p. 46),

reconhecendo, ao tratar da questão indígena, o direito à diferença daqueles povos (ANTUNES, 1998, p. 176).

Dessa forma, com a constitucionalização dos direitos indígenas, tornou-se um direito fundamental dos índios viverem de acordo com a sua própria mundivivência, não estando mais atrelados a uma suposta necessidade de adoção da visão de mundo da sociedade envolvente.

A constitucionalização representada pelos direitos indígenas na Constituição de 1988 demonstra que os direitos inerentes à identidade étnica dos indígenas se tornaram um direito fundamental.

A Constituição de 1988, de maneira implícita, inaugura um princípio constitucional elementar aos indígenas: o da máxima proteção aos índios e aos seus direitos, o qual possibilita extrair a regra *in dubio pro indígena*, aplicável nos casos de demarcação de terras originárias.

Isso leva a um caminho: torna-se necessário um local singular, no qual os indígenas possam exercer todos esses direitos fundamentais, especialmente, as terras originárias, análise feita no tópico seguinte.

2.1 A POSSE CONSTITUCIONAL DAS TERRAS ORIGINÁRIAS

A compreensão dos direitos as terras originárias como um direito fundamental prescindiu a análise da constitucionalização dos direitos indígenas estabelecidos na Constituição Federal de 1988, em razão de envolver direitos materiais e imateriais. Portanto, abordar o reconhecimento da identidade indígena no texto constitucional de 1988 requer abordar outros direitos, como o direito à igualdade, os direitos à alteridade, dentre outros, pois complementam o direito à terra. Dessa maneira, este subcapítulo se destina especificamente a tratar o direito à terra indígena prescrito no caput do artigo 231.

O caput do artigo 231 faz a seguinte prescrição: “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” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 situou o reconhecimento das terras originárias no caput do artigo 231, que inaugura o Capítulo VIII – Dos Índios –,

exprimindo a tênue relação de um direito material, a terra, com os direitos imateriais, os direitos culturais e tradicionais.

A terra, para os indígenas, representa muito mais do que um bem patrimonial, ela é o seu habitat, com o qual o grupo comunitário e cada um dos seus integrantes mantêm profundo vínculo espiritual. É onde podem viver de acordo com os seus costumes e tradições, reproduzindo a sua cultura e legando-a para os seus descendentes.

A garantia do direito à terra passa a ser uma condição *sine qua non* para a proteção de todos os demais direitos dos indígenas, inclusive, o direito à identidade étnica; o direito de ser e de viver como índio. Como destacou Darcy Ribeiro (1962, p. 143), "a posse de um território tribal é condição essencial à sobrevivência dos índios".

Da leitura do caput do artigo 231, emerge que a questão territorial representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais asseguradas ao índio (MELLO, 1997). A ausência da possibilidade de acesso às terras indígenas expõe uma coletividade ao risco de desintegração cultural e conseqüentemente perda de sua identidade étnica.

Sendo que isso também gera a dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios do universo em que vive (MELLO, 1997).

O reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam se baseia na relação jurídica fundada no instituto do indigenato, inserido no ordenamento pátrio pelo Alvará 1680, nos tempos coloniais.

Como já fora mencionado na presente dissertação, o indigenato estrutura-se no argumento de que os indígenas foram os primeiros na terra brasileira, portanto suas posses territoriais eram anteriores ao Estado, sendo isso uma fonte primária e congênita da posse territorial indígena, fundada em um direito originário.

Segundo Sarmiento (2015, p. 37), "tais direitos são preexistentes em relação a qualquer ato estatal, que se limita a reconhecê-los". Nesse sentido, observa Leitão (1993, p. 67): "presentes os elementos necessários para definir uma determinada sorte de terra como indígena (quais sejam, aqueles estabelecidos no § 1º).

O direito a ela por parte da sociedade indígena que a ocupa, existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo". Dessa forma, o ato de demarcação

se reveste de um ato meramente declaratório de uma situação jurídica preexistente (BRITO, 2009, p. 84).

A proteção constitucional da posse das terras habitadas pelos índios independe da conclusão do processo administrativo de delimitação e demarcação, que será analisado em momento oportuno. Ressalta-se que esse entendimento também é extraído diretamente da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), que determina que o reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 25 da Constituição Federal.

Segundo o referido artigo a posse indígena independe de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República (BRASIL, 1973).

Compreende-se que a natureza do direito de demarcação sobre as terras indígenas não é constitutiva de uma situação nova, mas, antes, é declaratória de um direito pré-existente. Dessa maneira, é possível, desde já, e independentemente de início ou conclusão do processo demarcatório, exigir administrativa e judicialmente o implemento de sua proteção e resguardo jurídico. Assim a jurisprudência pátria segue o posicionamento:

ADMINISTRATIVO. TERRAS INDÍGENAS. IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO PELA FUNAI. PRETENSÃO DE EXPLORAÇÃO DE MADEIRA E FORMAÇÃO DE PASTAGENS. IMPOSSIBILIDADE.1. Delimitada a área de propriedade do impetrante como integrante da Terra Indígena Kayabi, compete à FUNAI zelar pela sua integridade, apesar de não ter sido ainda demarcada, eis que 'a demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre a sua terra é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira' (BRASIL, , 2004, p. 12).

Nesse sentido, o termo "originário", empregado no caput do artigo 231, em relação as terras indígenas, dado pelo Ministro Carlos Britto, em um processo em que era relator no Supremo Tribunal Federal foi no sentido da referida jurisprudência pátria.

Na oportunidade, o referido ministro esclareceu que o termo "originário", contido no artigo 231, da CF, traduz uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de forma a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos

de legitimação de posse em favor de não-índios. Tal termo, continuou, é sinônimo de primevo, porque revelador da primeira de todas as formas de cultura e civilização genuinamente brasileiras, digna de uma qualificação jurídica tão elevada que a Constituição estabeleceu que 'os direitos originários' sobre as terras indígenas são reconhecidos e não outorgados ou concedidos (BRITTO, 2009).

Analisada a relação dos indígenas com a terra, bem como o conceito de terras "originárias", torna-se necessário analisar o § 1º, do artigo 231, que fornece elementos para caracterizar um território como originário. O texto constitucional prescreve: as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas 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 à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 1988).

A leitura do dispositivo constitucional se funda em quatro condições necessárias, para que um território seja caracterizado como uma ocupação tradicional. Conforme assevera José Afonso da Silva (2014, p. 300), as quatro condições constitucionais estabelecidas são as seguintes:

- a) as terras devem ser habitadas em caráter permanente;
- b) as terras devem ser utilizadas pelos índios no desenvolvimento de suas atividades produtivas;
- c) as terras devem ser imprescindíveis para a preservação dos recursos ambientais que se fazem necessários a seu bem-estar;
- d) as terras devem ser necessárias para sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Ressalta-se que o primeiro requisito, habitação em caráter permanente, não diz respeito ao caráter temporal das terras tradicionalmente ocupadas, uma vez que não haveria no texto legal relação de tempo de ocupação na terra, assim, o termo tradicionalmente refere-se ao modo tradicional de ocupação, que diz respeito à maneira como os índios interagem com o local e fazem uso da terra.

Essa observação feita por José Afonso da Silva torna-se necessária, pois destaca-se que o poder constituinte originário projetou a ocupação indígena para fins de exercício de suas tradições, não instituindo o requisito de uma ocupação imemorial. Isto é, uma ocupação de época remota que já não se sabe desde quando um grupo indígena estaria no local.

Visto que se houvesse o estabelecimento de um critério temporal para caracterização de uma terra tradicionalmente ocupada, este seria incompatível com o reconhecimento dado pela Constituição dos direitos originários sobre elas, pois estaria remetendo a aspectos da posse civil, e não do indigenato estruturado pelo Alvará de 1680.

Outro elemento importante em relação ao conceito de terras indígenas dado Constituição Federal de 1988 se refere à expressão “posse permanente” das terras habitadas pelos índios em dois momentos no artigo 231, § 1º (BRASIL, 1988), bem como no artigo 231, § 2º, quando diz que essas terras se destinam a sua posse permanente (BRASIL, 1988).

Isso possibilita a interpretação de que a posse das terras ocupadas pelos índios não é meramente a posse privada regulada pelo direito civil; não se tratando do simples poder de fato que se tem sobre a coisa com a pretensão de utilizá-la economicamente.

A posse das terras indígenas se presta a assegurar o habitat das populações indígenas, onde a própria concepção de habitat se determina de acordo com os usos, costumes e as tradições de cada comunidade indígena especificamente. A posse permanente estabelecida na Constituição Federal de 1988 declara que essas terras se destinam à posse permanente dos índios, a fim de garanti-la para o futuro.

No sentido de que delas não serão esbulhados; sendo que essas são inalienáveis e os direitos sobre elas indisponíveis⁵ (FREITAS JUNIOR, 2010, p. 70). Nesse sentido, torna-se importante observar que incide sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios o direito de propriedade e o direito de posse, ambos com titularidades distintas.

Cabe à União a propriedade das terras indígenas (art. 20, inciso XI), enquanto às comunidades indígenas cabe o usufruto exclusivo de todas as riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. O domínio dessas terras atribuído à União é justificado como uma maneira de proteger os direitos dos índios. Com isso, segundo Silva (2004, p. 726), criou-se uma espécie diferente de propriedade, que se denomina

⁵ Artigo 231 § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

propriedade vinculada ou propriedade reservada⁶, a qual garante a posse permanente dos indígenas sobre elas.

A União não pode usar ou dispor das terras indígenas ainda que seja proprietária, porque cabe exclusivamente aos índios o usufruto das riquezas dessas terras e porque elas são constitucionalmente gravadas da inalienabilidade (art. 231, § 4º, CF). Nesse contexto, a CF/88 também não reconhece efeitos aos atos de disposição de terra indígena, por meio de negócios jurídicos entre os indígenas e os particulares, considerando-os sem nenhuma eficácia jurídica⁷ (BRASIL, 1988).

Assim, tanto quis o legislador constituinte gravar as terras indígenas da inalienabilidade que, no parágrafo sexto do artigo 231, a extinção dos efeitos jurídicos de quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, a posse ou o domínio das terras indígenas foram declarados.

E, para deixar claro o direito dos índios sobre as suas terras, acrescentou que a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos desses atos não ensejarão direito à indenização contra a União, “salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé” (BRASIL, 1988).

Segundo Souza Filho (1982, p. 67), qualquer título de propriedade que alguém possa exibir em relação às terras ocupadas pelos silvícolas ficou declarado nulo, não porque a Constituição o tenha desconstituído, por si, mas porque já eram nulos antes da promulgação do texto constitucional, visto como, desde 1680, tais terras eram reservadas aos direitos dos índios, seus naturais e primeiros possuidores.

Por conseguinte, a Constituição não os anulou, estes atos já eram nulos, pois foram obtidos contra o indigenato (SOUZA FILHO, 1982, p. 67). Assim, a norma constitucional apenas procurou dar efetividade superlegal à nulidade reconhecida, extinguindo qualquer efeito jurídico de atos correlatos e firmando o princípio da não indenizabilidade de eventuais prejuízos daí decorrentes.

A regra é a não indenizabilidade dos prejuízos decorrentes dessa nulidade e, nesse aspecto, a determinação constitucional é suficiente em si. Entretanto é dado ao legislador infraconstitucional a tarefa de regulamentar os casos excepcionais de

⁶ A outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma, quando fala que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma propriedade vinculada ou propriedade reservada com o fim de garantir os índios os direitos sobre elas (SILVA, 2004, p. 726).

⁷ Artigo 231 § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

indenização, quanto às benfeitorias decorrentes da ocupação de boa-fé em terras indígenas (FREITAS JUNIOR, 2010 p.72).

Ressalta-se que, embora o particular adquirente pague aos índios pelas terras destes, não se pode alegar que aquele venha a ter direito à terra que os índios ocupavam, pois, os índios não poderiam vender terra que não lhes pertencessem, porquanto a propriedade das aludidas glebas é da União (art. 20, XI, CF).

No entanto, a responsabilidade pelo pagamento recebido por alguns indígenas deve ser cobrada destes individualmente, sem comprometer a propriedade da União e a posse de toda a comunidade indígena (FREITAS JUNIOR, 2010, p. 72).

O direito de não remoção dos índios do seu território também garantido pelo atual texto constitucional ao prescrever por meio do parágrafo quinto do artigo 231, o qual vedou a remoção dos grupos indígenas de suas terras. Sendo que há apenas uma exceção para a possibilidade de remoção dos indígenas de suas terras, por meio de referendun do Congresso Nacional.

Destacando que a condição desse referendun do Congresso Nacional prescinde duas situações: catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese o retorno imediato logo que cesse o risco⁸ (BRASIL, 1988).

2.2 POSSE INDÍGENA X POSSE CIVIL

A Constituição Federal de 1988 tornou-se um marco em relação aos direitos indígenas, assim, inaugurou a constitucionalização dos direitos indígenas, possibilitando um avanço normativo significativo na proteção dos direitos que envolvem a identidade indígena.

Nesse sentido, as normas constitucionais asseguram que os indígenas possam requerer seus direitos, ainda que enfrentem dificuldades no plano da efetividade desses direitos, tal como o caso em questão Panambi Lagoa Rica, em Mato Grosso do Sul, que teve o procedimento demarcatório anulado.

⁸Artigo 231 § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco (BRASIL, 1988).

Torna-se necessário demonstrar que a posse indígena deve ser interpretada conforme o texto constitucional, porém há uma forte resistência judicial no juízo de 1º grau de interpretar e aplicar, conforme a Constituição, o direito do índio à posse de suas terras (FREITAS JUNIOR, 2010, p. 83).

Destaca-se que a Constituição Federal de 1988 procurou estabelecer garantias constitucionais para que as terras tradicionalmente ocupadas por indígenas tivessem a manutenção de seu espaço território. Em um primeiro momento adotou as disposições do Alvará de 1º de abril de 1680, que definia os direitos territoriais indígenas como direitos originários dos índios (SILVA, 2016, p. 100).

Em um segundo momento, definiu as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como um habitat físico e cultural dos indígenas, sendo possível inferir essas disposições por meio do artigo 231 e seus parágrafos, em especial o § 1º e §2º da CF/88. Seguindo esses dispositivos, o texto constitucional enumerou uma série de medidas de proteção e resguardo dessas terras, as quais foram delineadas no capítulo anterior.

Contudo, destaca-se que, apesar das garantias constitucionais visarem a proteção das terras tradicionais, percebe-se que os juízos de primeiro grau, visualizam a posse indígena sob o prisma da posse civil. O resultado dessa percepção proporciona uma cultura desfavorável a demarcação dos direitos territoriais indígenas, e possibilita a salvaguarda de títulos dominiais particulares.

Dessa maneira, é necessário diferenciar a posse indígena e a posse civil, destacando que a posse indígena, além de ser regulada pelo texto constitucional, assim como já foi demonstrado, é regulada também pelo Estatuto do Índio, o qual será o ponto central desse capítulo.

O Estatuto do Índio prevê um conjunto de medidas de proteção às terras habitadas pelos indígenas; algumas ratificadas pelo texto constitucional de 1988, e outras revogadas, em razão de não serem compatíveis com o texto da Lei Maior. O artigo 17, do Estatuto do Índio, classifica as terras indígenas em três categorias:

- I) as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas a que se refere o art. 231 da Constituição;
- II) as áreas reservadas;
- III) as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas (BRASIL, 1973).

As primeiras são aquelas definidas pela Constituição Federal de 1988 como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, sobre as quais incidem o direito de usufruto exclusivo dos índios e o domínio da União, nos termos do artigo 231, § 2º, e artigo 20, inciso XI.

O segundo tipo de área definida pelo referido estatuto, denominadas de áreas reservadas, as quais são áreas existentes em qualquer parte do território nacional que a União acha por bem destinar à posse e ocupação dos índios. Esse tipo de área é classificado em três tipos: a) a reserva indígena; b) parque indígena; c) colônia agrícola indígena; e d) território federal indígena (BRASIL, 1973).

Em terceiro lugar, as terras de domínio das comunidades indígenas ou dos silvícolas são aquelas adquiridas pelas formas de aquisição de domínio previstas na legislação civil.

Diante dessa classificação, proposta pelo Estatuto do Índio, destacam-se os aspectos da primeira categoria, que são terras habitadas por indígenas, as quais são imprescindíveis a sua reprodução física e cultural, em consonância com o texto da Constituição Federal de 1988.

Esse conceito evidencia que a relação que os indígenas têm com a terra onde vivem não pode ser compreendida pelos institutos aplicados aos não-índios. Há um conceito peculiar para explicar essa relação. Assim, pode-se afirmar que a posse indígena é fundada no instituto do indigenato que é o manancial primário e congênito dessa posse territorial (SILVA, 1984, p. 03).

A noção de indigenato tem base constitucional, daí a sua aplicação incondicional. O indigenato foi expressamente previsto pela Constituição Federal de 1988, reconhecendo o direito indígena à posse de suas terras como um direito originário. Sendo essa disposição confirmada pelo Alvará Régio de 1680, ratificado pela lei de 6 de julho de 1755. Trata-se o indigenato de um direito histórico, decorrente da ocupação primitiva (CUNHA, 1987, p. 33).

O direito dos índios é originário e decorre de sua conexão sociocultural com povos pré-colombiana. A concepção do indigenato alimenta-se de uma noção do justo, ao atribuir a cada um aquilo que lhe pertence desde as mais remotas datas. Entretanto, torna-se maior que o direito natural, uma vez que foi positivado no Alvará Régio de 1680 e na CF/88.

Ressalta-se que o indigenato não se confunde com a ocupação, muito menos com a mera posse estabelecida pelos romanos como assevera o Código Civil. A

posse por ocupação é um título adquirido, enquanto o indigenato é um título originário e congênito. A mera ocupação, como um fato posterior, exige que o ocupante aja de acordo com as ordens do dono.

Sustenta Silva (1984, p. 04) que o indigenato é legítimo e suficiente por si só, “é fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito natural, pois é intuitivo a sua inspiração nas primeiras razões de justiça universal e valores éticos, posto que nada mais moral do que conferir aos primeiros habitantes do país o direito à posse sobre a terra que ocupavam”.

Destarte, o indigenato tem um fundamento ainda mais firme, já que é reconhecido pela Constituição Federal. Ao contrário da posse indígena, a posse de cunho estritamente civil consiste em uma relação material com a “res”, na medida em que seu titular exerce a destinação econômica apropriada para o bem.

A posse civil se relaciona com o conceito de propriedade, visto que se caracteriza como uma relação que possui todos os traços de uma relação de domínio. A posse civil regulada pelo direito real se caracteriza pelo direito do dono de usar, gozar e dispor da coisa e reavê-la de quem injustamente a detenha.

O domínio tem sua previsão e fundamento extraídos diretamente da Constituição de 1988, mais especificamente no artigo 5º, XXII, cabendo a definição de seu conteúdo à legislação ordinária no artigo 1.228, do Código Civil, o qual prevê os direitos daquele tem posse de alguma coisa.

Dessa maneira, a posse civil é definida como “o exercício de fato dos poderes constitutivos do domínio ou propriedade ou de algum deles somente, a determinado bem que possui uma destinação produtiva” (BEVILLAQUIA, 1985, p. 68).

A posse indígena, a seu turno, não se equipara ao simples poder de fato que se tem sobre a coisa. É possível verificar a posse dos índios sobre determinada faixa de terra na qual inexistam traços de ocupação material e contínua, requisito que se exige para a configuração da posse civilista.

As terras indígenas não são apenas aquelas onde se situam as suas habitações e atividade produtiva atuais. Elas abrangem aquelas terras destinadas ao desenvolvimento das atividades culturais, religiosas, econômicas e sociais da comunidade indígena, segundo os hábitos, os costumes e as tradições de cada uma delas especificamente.

A posse indígena é diversa dos parâmetros estabelecidos na determinação da posse civil, a qual pressupõe elementos da propriedade privada como os meios de

produção; enquanto a posse indígena se projeta com a ideia de habitat de um povo, cuja organização social e etnia são diferenciadas.

A posse civil explicada à luz da Teoria Subjetiva de Savigny é configurada como uma situação fática, em que o titular tenha o *corpus* e o contato físico com a coisa, aliada ao *animus* de ter a coisa como se sua fosse. Em contrapartida, a Teoria Objetiva, cunhada por Ihering, apregoa que a posse seria a exteriorização fática das prerrogativas da propriedade, independentemente de o possuidor pretender ser o titular do domínio.

Nesses termos, Ascensão (2000, p. 93) explica que: “A posse não tem que se traduzir em atos materiais, mas deve ajustar-se ao que é exigido pelo fim da utilização econômica da coisa sob o ponto de vista econômico”. Com isso, seria suficiente o elemento material para a verificação da posse, quando ao bem se emprega uma destinação econômica compatível com a sua natureza.

Essa teoria objetiva que fora adotada pelo ordenamento pátrio, visto que possibilita a divisão do exercício da posse, portanto, poderá haver sobre um bem a posse direta exercida pelo nu-proprietário, e a posse indireta, titularizada por quem exerce poderes de fato sobre o bem.

Infere-se assim que a posse civil se fundamenta no sistema de propriedade privada delineada por um sistema econômico. Enquanto a posse indígena se fundamenta no modo de viver e na cultura dos próprios índios (SILVA, 2004, p. 727). Outro aspecto importante que as diferencia é que a posse civil é um direito individual, e não um direito coletivo que cabe a toda comunidade, como a posse indígena.

Sendo que essa posse coletiva indígena não iguala a uma espécie de composses ou de um condomínio como a posse civil. Uma vez que a terra tradicionalmente ocupada pelos índios é de posse de toda a comunidade indígena, de maneira indivisível. Cabendo a todos os seus membros o usufruto das riquezas nela existentes.

A posse indígena é sobre coisa indivisa, e essa indivisão, ao contrário da composses, estabelecida pelo Código Civil Brasileiro (art. 1.199), não terá termo com a manifestação da vontade individual de qualquer dos membros da comunidade indígena.

As razões que justificam a proteção jurídica à posse civil também se diferenciam dos fundamentos que justificam proteção jurídica à posse indígena.

Segundo Savigny, a proteção da posse civil, romanística, justifica-se como uma forma de reprimir a violência, em defesa da paz pública. A posse é protegida como uma forma de evitar a desordem; do contrário, os possuidores, na defesa dos seus interesses, recorreriam à autotutela (FREITAS JUNIOR, 2010, p. 85).

Para Ihering, os sistemas jurídicos protegem a posse civil em função de ser ela um sinal evidente e expresso da propriedade. Via de regra, protege-se essa posse como uma forma imediata de se resguardar a propriedade. É certo que, por consequência, proteger-se-ão também os possuidores, que não são proprietários. (GOMES, 2001).

Segundo Menezes Cordeiro (1993, p. 609), a doutrina reconhece na posse um valor autônomo, e não um instrumento a serviço da propriedade ou em defesa da paz e segurança social. A proteção jurídica que se confere à posse indígena está motivada na manutenção do *habitat* desses povos e com isso a garantia de sua continuidade existencial.

A relação do índio com suas terras é mais estreita que a relação dos não-índios com as terras de sua propriedade. Nota-se que, enquanto nessa relação, em muitos casos, sobleva-se o conteúdo patrimonial, naquela relação há um sentimento de pertença, de simbiose com a natureza, de continuidade com os ancestrais e de ligação com suas divindades.

As terras que os índios ocupam e sobre as quais lhes é garantida a posse são indispensáveis ao seu desenvolvimento físico-sócio-cultural. Ademais, destaque-se a importância de se respeitar a diversidade étnica, a partir da proteção dos elementos que são caros a cada grupo humano. Nesse sentido, a proteção da posse indígena contribui para manter o patrimônio étnico nacional.

Segundo o ex-Procurador-geral da Fundação Nacional do Índio, Antônio Salmeirão (2009), a proteção indígena deve-se, em muito, à sua fragilidade de condições frente à sociedade. Contudo, essa fragilidade não é do ponto de vista cultural indígena, mas político e econômico. Essa é a razão que impõe um tratamento estatal diferenciado.

Assim, há de se implementarem ações positivo-afirmativas em pagamento a uma dívida histórica, que em muito molestou as condições de vida desse elemento formador do povo brasileiro, para que, ao fim, se preserve a riqueza cultural dos povos indígenas.

A posse civil também é caracterizada posse como um direito real, que consiste na relação de um sujeito e de uma coisa face aos membros da coletividade. Este direito possui oponibilidade erga omnes, ou seja, contra todos. Dessa forma, segundo Orlando Gomes (2001, p. 145), “o direito real poderá ser oponível a qualquer terceiro que tentar esbulhar ou turbar a posse daquele que justamente a detenha”.

Nesse sentido, é preciso destacar uma pequena proximidade em relação a posse indígena, pois essa também constitui um direito real, pois é oponível erga omnes, ou seja, todas as demais pessoas devem respeitar o direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupam.

Verificada a ocupação tradicional dos índios sobre uma determinada área, a eles (e somente a eles) é dada a possibilidade de usufruir das riquezas ali existentes. Ressalta-se que a União, detentora do domínio dessas terras, não poderá turbar ou esbulhar os índios em suas terras que, por outra via, são inalienáveis e indisponíveis.

Daí se dizer que a posse indígena, dada a sua especialidade e o tratamento singular que recebe da legislação, é uma propriedade quase-plena. A posse civil é adquirida desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade, segundo o artigo 1.204, do Código Civil.

Os índios têm a posse em função do indigenato – do direito originário que têm sobre as suas terras, então reconhecido pela Constituição Federal de 1988. O direito dos índios, sendo originário, anterior à instituição do próprio Estado brasileiro e a todas as suas Constituições, independe de qualquer ato formal que o defina e o legitime.

Quando do nascimento do índio, já se adquire a posse sobre as terras que nasceu. A própria demarcação das terras, objeto da posse indígena, pelo Poder Público, não constitui direito dos índios, sendo meramente declaratória. Para Mendes (1989, p. 43), as Constituições brasileiras acabaram por consagrar a ocupação indígena, nos casos das terras tradicionalmente ocupadas, como modo de aquisição originária da propriedade.

É certo que essa ocupação constitui uma propriedade (das terras indígenas) para a União, já que aos índios cabe apenas à posse; embora referida posse se configure, nas palavras de Laranjeira (1981, p. 49), como uma propriedade quase plena, dada a sua especialidade.

Nesse sentido, ao contrário da posse civil, a posse indígena é intransferível a terceiros não-índios. Diz a Constituição Federal de 1988, artigo 231, § 4º, que as terras

tradicionalmente ocupadas pelos índios são inalienáveis e indisponíveis. Contudo, como aludida posse cabe aos índios e às comunidades indígenas.

E a Constituição também lhes assegura a sua forma de organização social, com todos os seus signos, admite-se a transmissão desse direito ao longo das gerações indígenas. Quanto aos efeitos da posse civil, o artigo 1210 e seguintes, do Código Civil, preveem:

o direito de ser mantido na posse no caso de turbação e de ser restituído, no caso de esbulho; o direito aos frutos percebidos e pendentes e o direito à indenização pelas benfeitorias, tudo conforme seja a posse de boa-fé ou de má-fé (BRASIL, 2002)

O principal efeito legal da posse é o direito a recorrer às ações possessórias em sua defesa. Contudo, para que se efetive a proteção possessória, por meio dos interditos possessórios, é fundamental a prova de que se tem a posse, no caso de turbação, ou que a detinha, no momento do esbulho⁹.

Outro efeito da posse civil é o direito que tem o possuidor sobre os frutos percebidos na época da posse, além do direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias que houver investido no objeto da posse. Já o possuidor de má-fé, aquele que conhece a origem viciosa de sua posse, responde pelos frutos percebidos e por aqueles que por sua culpa se deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu a má-fé.

Quanto às benfeitorias, o possuidor de má-fé somente será ressarcido pelas consideradas necessárias. A posse indígena, por sua vez, apresenta efeitos legais diferenciados. A posse indígena configurada nos ditames da Constituição Federal de 1988 deve ser assegurada permanentemente.

Não se cogita a hipótese de se turbar ou esbulhar as comunidades em suas áreas de ocupação tradicional. Tais terras se destinam a servir, para sempre, como *habitat* dos grupos que nelas habitam. Não pode a União, a quem cabe o domínio dessas terras, pode se arvorar do direito de restringir a posse dos índios. Este é o caso em que a posse se sobrepõe à propriedade.

⁹ A doutrina, em geral, considera atos de turbação da posse aqueles que molestam o direito do possuidor sem, contudo, interromper a sua posse. Enquanto o esbulho caracteriza-se pelo ato que provoca a perda da posse do possuidor que a detinha e não mais a detém. A turbação permite a continuação da posse e o esbulho provoca a sua perda.

O texto constitucional também assegura aos índios e às suas comunidades indígenas a sua forma específica de ocupação da terra, garantindo-lhes o usufruto exclusivo de todas as riquezas naturais ali existentes e vedando qualquer ato que tenha por objeto a sua posse, o domínio ou a ocupação.

O aproveitamento dos recursos hídricos, dos potenciais energéticos, as pesquisas e a lavra das riquezas minerais existentes nas terras indígenas somente serão permitidas mediante autorização do Congresso Nacional (BRASIL, 1988), com a oitiva das comunidades afetadas.

Nesse sentido, o Estatuto do Índio, em seu artigo 18, prescreve que as terras indígenas não poderão ser objeto de qualquer negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios. Assim, a União, na qualidade de proprietária dessas terras, somente tem autorização para defender, assegurar e garantir os direitos dos indígenas.

A posse indígena, a que Raimundo Laranjeira atribui a qualidade de propriedade quase-plena (notas anteriores), funda-se no indigenato; corresponde a um direito originário sobre essas respectivas terras. De forma que o domínio da União sobre elas tem apenas o condão de melhor assegurar os interesses dos aborígenes, consubstancia-se ao que da Silva (2004, p. 726) chamou de **propriedade vinculada**.

Outro elemento importante nessa diferenciação é quanto à perda da posse civil e da posse indígena, assim, nos termos da lei civil, perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se referem o artigo 1196 e o artigo 1223 do Código Civil.

O abandono é uma forma voluntária de se perder a posse; o possuidor, por emanção de sua própria vontade, renuncia a sua posse. Pela tradição, o possuidor perde a coisa móvel; ocorre quando se transfere o objeto a outrem, com a intenção de transferir-lhe o domínio.

Perde-se, também, a posse da coisa, quando esta for colocada fora do comércio ou no caso de desapropriação pelo Poder Público. Perde-se a coisa pela posse de outrem quando, por decurso do prazo, o possuidor deixa de reclamar contra a turbação ou o esbulho sofrido por parte de terceiro.

Pelo constituto possessório, o possuidor perde a posse quando transforma em *causa detentionis* a *causa possessionis*. Por conseguinte, o direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, ao que se denominou **posse indígena**,

somente se perderá quando as terras objeto da posse forem definitiva e voluntariamente abandonadas pelas comunidades indígenas que nelas habitavam.

Nesse caso, por proposta do órgão federal de assistência aos índios – Fundação Nacional do Índio –, e mediante ato declaratório do Poder Executivo, essas terras se reverterão à posse e ao domínio pleno da União, conforme o art. 21, do Estatuto do Índio.

Assim, é mister frisar a existência de entendimento sumulado do STF que limita a extensão das terras consideradas como posse indígena, nos seguintes termos: “Súmula nº. 650 STF: Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupados por indígenas em passado remoto”. Dessa forma é possível compreender uma racionalização do conceito de posse indígena, sem, entretanto, diminuir a sua efetividade.

Assim, ainda se resguarda a terra em que os índios habitam de forma tradicional e exercem as suas atividades indispensáveis, mas sempre devendo persistir um requisito fático e histórico de atualidade dessa posse. Logo, não estão alcançadas pela proteção legal aquelas terras que tiveram registro de passagem de índios, mas que, há muito tempo, não são habitat desses povos.

Desde que não tenham sido expulsos de forma violenta nem isso constitua um movimento migratório recente e próprio da cultura da comunidade indígena envolvida. Para Silva (1984, p. 8), “o importante para os índios é defender a sua posse com os direitos que dela decorrem para ele, porque nisso se consubstancia o indigenato”.

Em função das garantias constitucionais à posse indígena, os índios contam com todos os remédios processuais civis para defenderem os seus direitos de posse e usufruto exclusivo das riquezas das terras que habitam. Logo, entende-se como nenhuns quaisquer títulos particulares sobre as terras indígenas, ainda que registrados, que se oponham aos direitos de posse dos índios.

De acordo como Pontes de Miranda (1970, p. 457), a ação que têm os silvícolas ou o Estado, mediante algum serviço de proteção, para fazer valer o que se estatui, é declaratória. Cabem, porém, se houve desapossamento, as ações de posse e a de vindicação, com a particularidade de ser pressuposto necessário e suficiente a prova da posse anterior.

Outrossim, se houve transferência de tais terras, cabem as ações constitutivas negativas contra os títulos e contra os registros, invocável o art. 860, do Código Civil (ação de retificação de registro). Os indígenas, contudo, não podem impetrar ação de

reivindicação da propriedade das terras que habitam por não serem titulares do domínio dessas terras, qualidade atribuída constitucionalmente à União.

Desse modo, conclui-se que a regra geral é a posse permanente do índio sobre suas terras, ficando a perda da posse para casos excepcionais, devidamente previstos na norma jurídica. Portanto, excetuando-se as hipóteses legais e as fixadas pelo STF, deverá haver a proteção jurisdicional contra a perda da posse dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas.

Resta clara, portanto, a plena diferenciação entre posse indígena e posse civil, haja vista a exposição das características específicas daquela, bem como do seu fundamento antropológico e dos contornos históricos sobre a sua construção legislativa e constitucional.

2.3 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: BREVE PANORAMA HISTÓRICO

Analisada a constitucionalização dos direitos indígenas, conseqüentemente, as diferenças entre a posse indígena e a posse civil, torna-se necessário examinar o procedimento para demarcação de uma terra indígena. O procedimento para realizar a demarcação de uma determinada terra indígena consiste em um procedimento administrativo que objetiva fixar os limites do território tradicionalmente ocupado (ALMEIDA *et al.*, 2006, p. 10).

O referido procedimento se origina no texto constitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 231 e respectivos parágrafos, refere-se à demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas. Assim, compreende-se que a competência para fixar os limites das terras indígenas é da União, em consonância com os artigos 20¹⁰, XI e 22¹¹, XIV, da CF/88, os quais determinam, respectivamente, que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União e que a competência para legislar sobre direitos indígenas também é desse ente (ALMEIDA *et al.*, 2006, p. 10).

A União, por expressa disposição constitucional tem responsabilidade sobre as terras indígenas, sendo que aos índios deve ser assegurada sua posse permanente,

¹⁰ Art. 20. São bens da União: [...] XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (BRASIL, 1988)

¹¹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XIV - populações indígenas (BRASIL, 1988) .

inclusive, garantindo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, conforme dispõe o art. 231, § 2º, CF/88.

Nesse sentido, pela leitura do caput do art. 231, infere-se que a União tem a obrigação de promover os atos necessários à demarcação física dos limites dos territórios indígenas e sua respectiva proteção. Ressalta-se que a Lei nº 6001, de 19 de 1973, denominada de Estatuto do Índio, também é consoante ao texto constitucional, pois faz a seguinte disposição “Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo” (BRASIL, 1973).

Para regulamentar a demarcação das terras indígenas, estruturou-se o Decreto nº 1775/1996, que será objeto da presente análise. Referido decreto regulamenta a demarcação de terras indígenas em conjunto com a Portaria nº 14/MJ, de 09/01/1996, que estabelece regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas.

A demarcação de terras indígenas foi historicamente conduzida e executada pelo Poder Executivo. Sendo que o exercício desta competência e a regulamentação da matéria se iniciou em 1976, com seguidas atualizações até o presente decreto, resultando no aperfeiçoamento do processo administrativo.

E esse aperfeiçoamento se refere à especialização da equipe responsável, ao objeto dos estudos requeridos, e na amplitude de participação de atores governamentais e civis e às instâncias de tramitação do processo (BRASIL, 2012).

Desse modo, torna-se necessário, antes de iniciar a análise do Decreto 1775/1996, fazer uma breve explanação histórica dos decretos que o antecederam, com a finalidade de compreender as graduais mudanças do processo administrativo de demarcação tradicional.

O primeiro decreto que regulamentava o processo administrativo de demarcação de terras indígenas, é o Decreto nº 76.999, de 8 de janeiro de 1976¹², que foi sancionado pelo Presidente Ernesto Geisel na vigência da Constituição de 1967. Estabelecia que, para que uma determinada terra fosse considerada indígena, esta deveria ser classificada de acordo com a definição do Estatuto do Índio.

¹² Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-76999-8-janeiro-1976-425608-publicacaooriginal-1-pe.html>.

O conceito de terra indígena do estatuto prescrevia que: “considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil” (BRASIL, 1973).

Dessa forma, preenchendo esse conceito, a terra deveria ser demarcada por iniciativa do órgão indigenista federal, a FUNAI. Com isso, a demarcação seria elaborada nos seguintes termos legais, em um primeiro momento o Presidente da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) nomearia um antropólogo e um engenheiro ou agrimensor, incumbidos do reconhecimento prévio da área (BRASIL, 1976).

Esses profissionais eram responsáveis por elaborar um relatório com a “descrição dos limites da área, atendendo a situação atual e o consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação dos índios” (BRASIL, 1976). Uma vez aprovado o referido relatório, o presidente da Funai concedia a aprovação para iniciar de fato a demarcação territorial (BRASIL, 1976).

A aprovação do relatório de demarcação pelo Presidente da FUNAI também implicava a elaboração de um edital, com os termos da demarcação, visando a dar conhecimento a todos interessados da demarcação do território (BRASIL, 1976). O mencionado edital também deveria ser publicado no Diário Oficial do Estado e no Território que estivesse localizada a área indígena a ser demarcada (BRASIL, 1976).

Após esses procedimentos comprovarem que a terra analisada possuía todos os elementos inerentes a um território tradicional, o Presidente da República deveria homologar a demarcação territorial, sendo essa registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e no Livro do Cartório imobiliário da comarca da situação das terras (DECRETO Nº 76.999/1976, BRASIL).

O segundo decreto que regulamentou a demarcação de terras indígenas foi o Decreto nº 88.118, de 23 de fevereiro de 1983¹³. O decreto de 1976 foi revogado, e a primeira diferença destacada no decreto de 1983 é que esse instituiu o “Grupão”, modo como se denominava o grupo interministerial formado por representantes do “Ministério do Interior, Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, Fundação Nacional do Índio, e de outros órgãos federais ou estaduais julgados convenientes” (BRASIL, 1983).

¹³ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-88118-23-fevereiro-1983-438548-publicacaooriginal-1-pe.html>.

A este grupo ficava incumbida a missão de emitir pareceres conclusivos sobre as propostas de áreas identificadas e delimitadas pela Funai como terra indígena, para que fosse realizada a demarcação (BIGIO, 2007, p. 58)¹⁴.

O parecer sobre a proposta da terra indígena era encaminhado ao Ministro do Interior e ao Ministro Extraordinário para Assuntos Fundiários, que decidiriam favoravelmente ou não à demarcação da terra questionada. Quando a proposta de demarcação fosse aprovada por esses dois ministros, passava a ser encaminhada ao Presidente da República, para sua homologação bem como do projeto de decreto, estabelecendo os limites da área indígena que seria demarcada.

O governo retirava da FUNAI, órgão responsável pela proteção e assistência aos índios, o poder de decisão sobre a definição dos territórios indígenas, transferindo a decisão a um grupo interministerial composto por órgãos que apresentavam conflitos de interesse com as atribuições legais da FUNAI (BIGIO, 2007, p. 59).

Em 23 de setembro de 1987, passou a vigorar o Decreto nº 95.845, que revogou o Decreto nº 88.118 de 23/02/1983, sendo o terceiro decreto a regulamentar o processo de demarcação de terras indígenas. O denominado “Grupão” foi substituído por um Grupo de Trabalho composto por antropólogo, sertanista ou indigenista da FUNAI (coordenador), um representante do Incra, um representante do órgão fundiário estadual e de outros órgãos federais, estaduais ou municipais que fossem convenientes, a juízo da FUNAI (BIGIO, 2007, p. 60).

Nesta nova configuração de grupo de trabalho, também foi incluído um representante da Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional, que ficaria responsável por realizar estudos de regularização de terras indígenas localizadas em faixa de fronteira (BIGIO, 2007, p. 60).

O grupo de trabalho tinha como competência a elaboração de estudos técnicos visando a identificação do território do grupo indígena, feito os referidos estudos de identificação a proposta seria encaminhada pela FUNAI a um Grupo Interministerial, formado por dois representantes do Ministério do Interior – Minter (BRASIL, 1987).

O Grupo de Trabalho Interministerial formado pelos representantes do Ministério do Interior também incluía um representante do Ministério da Reforma e do

14

Disponível

em:

[http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista_estudos_pesquisas_v4_n2/Artigo_1_Elias_Bigio_A_acao_indigenista_brasileira_sob_a_influencia_militar_e_da_NovaRepublica_\(1967-1990\)1.pdf](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista_estudos_pesquisas_v4_n2/Artigo_1_Elias_Bigio_A_acao_indigenista_brasileira_sob_a_influencia_militar_e_da_NovaRepublica_(1967-1990)1.pdf). Acesso em 10 de novembro de 2020.

Desenvolvimento Agrário, um representante do Incra, um representante da Secretária-geral do Conselho de Segurança Nacional e um representante do órgão fundiário estadual (BRASIL, 1987). Sendo que este apenas participaria das reuniões em que estivesse sendo discutida a terra indígena de seu respectivo estado (BIGIO, 2007, p. 61).

Ao Grupo de Trabalho Interministerial caberia examinar a proposta da terra indígena apresentada pela FUNAI e emitir um parecer conclusivo, sendo esse posteriormente submetido aos Ministros do Interior e da Reforma e Desenvolvimento Agrário, e quando em áreas de zonas fronteiriças, ao Secretário-Geral do Conselho de Segurança Nacional (BRASIL, 1987).

Analisado o parecer e sendo aprovada a proposta, uma portaria interministerial seria elaborada para ser assinada pelos ministros acima citados e também pelo Secretário-Geral do CSN, quando se tratasse de terra indígena na faixa de fronteira (BIGIO, 2007, p. 62).

A partir desse momento, a área poderia ser considerada como de ocupação indígena com seus limites estabelecidos, para que a FUNAI procedesse à demarcação, em seguida, o Presidente da República poderia homologar a demarcação (BRASIL, 1987).

Em 1991, configurou-se o quarto decreto que regulamentava a demarcação de terras indígenas, o mencionado decreto se estruturou sob a vigência da Constituição de 1988, sendo editado pelo então Presidente Fernando Collor de Mello (BIGIO, 2007, p. 63).

O referido ato normativo era o Decreto nº 22, de 4/2/1991, que revogou o Decreto nº 94.946, de 23/9/1987. Destaca-se que esse decreto foi constituído de modo harmônico com o texto constitucional de 1988, pois foi configurado sob o paradigma da constitucionalização dos direitos indígenas.

Assim, o Decreto nº 22 prescrevia que, para ocorrer a demarcação de uma terra tradicionalmente ocupada pelos índios, deveria haver estudos de identificação realizados por um Grupo Técnico¹⁵ (BRASIL, 1991). Esse Grupo Técnico seria

¹⁵ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-94946-23-setembro-1987-445273-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Veja%20tamb%C3%A9m%3A-DECRETO%20N%C2%BA%2094.946%2C%20DE%2023%20DE%20SETEMBRO%20DE%201987,19%20de%20dezembro%20de%201973.&text=II%20%2D%20col%C3%B4nia%20ind%C3%ADgena%2C%20se%20ocupada,em%20adiantado%20processo%20de%20acultura%C3%A7%C3%A3o.> Acesso 10 de novembro de 2020.

responsável por proceder os estudos e levantamentos, com a finalidade de constatar se a terra questionada atenderia as atividades produtivas.

Sendo imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar e reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições indígenas (BRASIL, 1988). O grupo técnico era designado pela FUNAI e composto por técnicos especializados desse órgão, e eram coordenados por um antropólogo, que realizaria estudos etno-históricos, sociológicos, cartográficos e fundiários necessários ao procedimento.

A nova configuração do grupo técnico de trabalhos é uma das principais diferenças em relação ao Decreto nº 94.946/1987, pois neste o grupo de trabalho era composto por membros de outros órgãos, como os representantes do Ministério do Interior, do Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário, um representante do Incra e um representante da Secretária-geral do Conselho de Segurança Nacional (BRASIL, 1987).

Finalizados os trabalhos de identificação, o grupo de trabalho enviaria ao presidente da FUNAI um relatório circunstanciado com as características da terra indígena a ser demarcada. Caso o presidente da FUNAI aprovasse o relatório, o processo de demarcação da terra indígena seria encaminhado ao Ministro da Justiça, para sua aprovação ou não (BRASIL, 1987).

Quando o processo demarcatório fosse aprovado, o Ministro da Justiça emitiria uma portaria declarando os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação. Entretanto, se não houvesse aprovação da demarcação, o processo seria devolvido à Funai para reexame no prazo de trinta dias (BRASIL, 1987). O Decreto nº 22 também regulamentou os procedimentos que deveriam ser realizados pelo Grupo de Trabalho nomeado pelo presidente da FUNAI, por meio da Portaria nº 23, de 20 de março de 1991.

Segundo a Portaria nº 23, de 20 de março de 1991, os procedimentos que deveriam ser realizados pelo Grupo de Trabalho consistiriam em quatro etapas¹⁶: atividades preliminares aos trabalhos de campo, atividades em campo, atividades em gabinete (após a coleta de dados em campo) e registro no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (BRASIL, 1991).

¹⁶ Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria%206822008.pdf>.

A primeira etapa, denominada **atividades preliminares aos trabalhos de campo**, se baseava na análise técnico-cartográfica prévia de imagens de satélites da região questionada, tendo como finalidade a atualização de dados inexistentes em cartas topográficas disponíveis. Essa atividade possibilitaria a observação de construção de estradas novas, a ocorrência de novos povoados, a existência de garimpos e desmatamentos, bem como a localização de possíveis aldeias novas (BRASIL, 1991).

Com isso, essas atividades visavam a oferecer subsídios para que o grupo de trabalho tivesse uma visão preliminar dos problemas que poderiam ocorrer na região analisada¹⁷ (BRASIL, 2008). O segundo procedimento se referia às atividades em campo, que visavam a realizar vistorias “in loco” dos principais pontos limítrofes da área indígena em estudo, para verificar a sua exata localização nas cartográfica (BRASIL, 1991).

Essa verificação cartográfica precisa tinha como finalidade a delimitação dos acidentes naturais, tais como nascentes de cursos d’água, divisores de água, afim de que esses fossem sinalizados em comum acordo com a comunidade (BRASIL, 1991).

O terceiro procedimento seria as atividades em gabinete, após a coleta de dados em campo, sendo que neste momento um Memorial Descritivo de Delimitação, um Mapa de Delimitação e um Relatório Antropológico seriam elaborados (BRASIL, 1991).

O quarto e último procedimento seria o registro dos trabalhos técnico-cartográficos (Memorial Descritivo, Mapas e Relatório) no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA (BRASIL, 1991).

2.4 O DECRETO 1775/1996

Concluída uma breve digressão histórica dos decretos anteriores ao Decreto nº 1775/1996, o presente momento se destina a analisar o Decreto de 1996 e a Portaria nº 14/MJ, de 09/01/1996, que estabelece regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas (BRASIL, 1996), visto que são as normas vigentes que se aplicam nos atuais casos de demarcação

¹⁷ Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria%206822008.pdf>.

tradicional, conseqüentemente, foi aplicado para demarcar o território Panambi Lagoa Rica, em Mato Grosso do Sul.

O processo demarcatório é dividido em sete fases descritas no Decreto nº 1775/1996: os estudos de identificação; a aprovação pelo relatório pela FUNAI; o contraditório; o encaminhamento do processo administrativo da FUNAI ao Ministério da Justiça; a decisão do Ministério da Justiça, a homologação do Presidente da República e por fim o registro do território.

Ressalta-se que esse procedimento administrativo tem cunho meramente declaratório, visto que o direito às terras indígenas é originário, anterior à formação do Estado, como já demonstrado no presente trabalho. As fases resumidamente são a identificação, a delimitação e demarcação, nas quais é assegurada a participação integral da comunidade indígena (BRASIL, 1996).

Para iniciar a identificação e a delimitação da área indígena, torna-se necessário o desenvolvimento de trabalhos por antropólogos de qualificação reconhecida (BRASIL, 1996). A função deles é elaborar um estudo antropológico de identificação, em conformidade com o prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio¹⁸ (BRASIL, 1996).

O estudo antropológico irá demonstrar a relação dos indígenas com o território, evidenciando o mundo social na perspectiva daqueles indígenas, registrando sua cosmovisão, suas crenças, seus costumes, seus hábitos, suas práticas, seus valores, sua interação com o meio ambiente, suas interações sociais recíprocas, suas ordens internas, organização grupal, sendo que esses fatores são essenciais para a existência de uma concepção de pertencimento territorial (MAIA, 2006, p. 1).

Destaca-se que, em consonância ao artigo 2º, do Decreto nº 1775/96, haverá também estudos complementares, de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental, bem e como levantamento fundiário necessários à delimitação¹⁹. Esses estudos são descritos e regulamentados pela Portaria 14/ MJ, que estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de

¹⁸ Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação (BRASIL, 1996).

¹⁹ Art. 2º § 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação (BRASIL, 1996).

identificação e delimitação de Terras Indígenas apontadas a que no parágrafo 6º do artigo 2º/1996.

Dessa forma, a referida portaria estabelece que o relatório circunstanciado de identificação e delimitação deve ser fundamentado em elementos objetivos²⁰, tais como: as informações gerais sobre o(s) grupo(s) indígena(s) envolvido(s), como filiação cultural e linguística, eventuais migrações, censo demográfico, distribuição espacial da população e identificação dos critérios determinantes desta distribuição; a descrição da habitação permanente com dados da distribuição da(s) aldeia(s) e da população (BRASIL, 1996).

Realizado o relatório circunstanciado com as informações mencionadas acima, a identificação e a delimitação, que é a primeira fase é encerrada, passando a próxima fase que se refere ao encaminhamento do relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando, a terra indígena a ser demarcada (BRASIL, 1996).

Caberá ao Instituto Nacional de Colonização Agrária, o INCRA, proceder prioritariamente o reassentamento de eventuais não índios que ocupavam a área questionada (BRASIL, 1996).

Aos terceiros diretamente envolvidos, como aqueles reassentados pelo INCRA, é assegurada a participação de todos atos referentes a delimitação das terras tradicionais, bem como os Estados e Municípios, poderão participar do procedimento demarcatório – inclusive apresentando contestação – desde seu início até noventa dias após a publicação do resumo dos relatórios nos Diários Oficiais da União e do Estado envolvido.

O prazo possibilita, que o direito fundamental ao contraditório estabelecido no artigo 5º, LV²¹ da Constituição Federal de 1988 seja cumprido, pois os interessados diretamente envolvidos terão oportunidade de participar do procedimento, sendo assegurado o direito do grupo indígena envolvido participar de todas as fases (ALMEIDA *et al.*, 2006, p. 11).

O Decreto nº 1775/1996 também prevê a publicidade dos atos mais importantes do procedimento e abre oportunidade para que os interessados apresentem razões que impugnem os atos praticados no decurso procedimental. Após os trâmites

²⁰ Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria14funai.pdf>.

²¹ Artigo 5º LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988).

regulares, o procedimento será encaminhado ao Ministro de Estado da Justiça, de acordo com o artigo 2º, § 9º, do referido decreto²².

O Ministro da Justiça poderá declarar mediante portaria, os limites da terra indígena e determinar sua demarcação; sendo possível prescrever as diligências que entender necessárias ou até desaprove a identificação e determinar a devolução dos autos ao órgão federal de assistência ao índio (BRASIL, 1996).

No caso da aprovação da demarcação pelo Ministro da Justiça, será encaminhado o relatório para o Presidente da República, para que ele homologue a demarcação territorial, por meio de decreto. Após a publicação do decreto de homologação, o órgão federal de assistência ao índio, a FUNAI, terá o prazo de trinta dias para promover o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda (BRASIL, 1996).

Destaca-se que a demarcação das terras indígenas regulamentada pelo Decreto 1775/1996 tem natureza meramente declaratória, visto que reconhece um direito preexistente, que é constitucionalmente previsto e assegurado. O procedimento administrativo analisado visa apenas fixar e declarar a área já pertencente tradicionalmente aos índios, delimitando-a.

Os territórios tradicionais ocupados pelos indígenas os pertencem, independentemente de demarcação administrativa. Entretanto, a demarcação administrativa torna-se necessária para regularizar e proteger essas terras, evitando que venham a ser objeto de disputas que poderiam colocar em risco a integridade e a sobrevivência das diversas tribos indígenas espalhadas pelo país (ALMEIDA *et al.*, 2006, p. 15).

O artigo 25, da Lei nº 6001/73, recepcionado pela Carta Magna de 1988, dispõe nesse sentido, prescrevendo que o reconhecimento dos índios à posse permanente das terras por eles habitadas independe de sua demarcação e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas (BRASIL, 1973).

²² Artigo 2º § 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 (BRASIL, 1996).

A demarcação explícita materialmente o reconhecimento e a regularização das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, viabilizando aos indígenas a sua respectiva posse permanente sobre aquelas terras, bem como o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, conforme o artigo 231, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

O ato administrativo que demarca os limites da terra indígena submetendo-a a um regime jurídico próprio, com peculiaridades distintas aos demais atos praticados pela Administração, dando-lhes especificidade em relação aos demais (ALMEIDA *et al.*, 2006, p. 15).

A demarcação territorial, sendo um ato administrativo, deve ser compreendido e analisado de acordo com as seguintes características inerentes ao ato administrativo, que são: presunção de legitimidade e veracidade; a executoriedade; a imperatividade e a exigibilidade.

Assim, a presunção de legitimidade prescreve que o ato foi realizado de acordo com a lei, e, portanto, presumem-se verdadeiros, são atos dotados de veracidade (ALMEIDA *et al.*, 2006, p. 16). A referida presunção é relativa, ou *juris tantum*, consiste na admissão de prova em contrário, sendo assegurado o contraditório e a ampla defesa no processo de demarcação.

Segundo Di Pietro, os efeitos da presunção relativa proporcionam em um primeiro momento, mesmo que o ato administrativo possua vícios prejudiciais à sua validade, produza todos os seus efeitos como se válido fosse, até a decretação da sua invalidade pelo Judiciário ou mesmo pela própria Administração.

Com isso, ainda que, aparentemente, se constate a existência de vícios no procedimento de demarcação tradicional, deverá a demarcação ser procedida até o final, surtindo todos seus efeitos, até que o Poder Judiciário ou a própria Administração se manifestem acerca de eventual ilegalidade verificada (DI PIETRO, 2004, p. 190).

O segundo efeito é que o Poder Judiciário não poderá apreciar *ex officio* a validade do ato, podendo somente se manifestar a pedido da pessoa interessada. Ressalta-se que esse efeito não decorre apenas dos efeitos do ato administrativo, mas do princípio da inércia da jurisdição adotado no ordenamento pátrio, previsto no artigo 2º do Código de Processo Civil (DI PIETRO, 2004, p. 191).

O terceiro aspecto diz respeito à presunção de veracidade, que inverte o ônus da prova fazendo com que a parte insatisfeita com a demarcação procedida prove o contrário, que a demarcação não respeitou os verdadeiros limites territoriais (DI

PIETRO, 2004, p. 191). A presunção de veracidade consiste no argumento de que as provas alegadas pela Administração são verdadeiras e justificam a demarcação realizada.

Assim, essa questão probatória poderá eventualmente ser trazida em discussão judicial. Destacando que a presunção de veracidade não exige nem libera a Administração de apresentar as provas que sustentem o ato realizado (DI PIETRO, 2004, p. 191). A parte interessada deverá provar perante o Judiciário a alegação de ilegalidade do ato, invertendo o ônus de agir, porém o ônus da prova não é invertido de modo absoluto, uma vez que a parte que propôs a ação deverá, a princípio, provar que os fatos que fundamentaram a sua pretensão são verdadeiros .

E a Administração Pública caberá comprovar sua verdade, por meio do fornecimento de documentos que comprovem as alegações necessárias a instrução do processo e a formação convicção do Juiz (DI PIETRO, 2004, p. 191).

Os documentos que sustentam a demarcação tradicional, necessários à formação do processo e à convicção do Juiz, bem como de outras autoridades envolvidas no processo são os laudos e estudos antropológicos, elaborados na fase de identificação.

É importante mencionar que o ato de demarcação é meramente um ato administrativo, em sentido material, e de efeito concreto, já que, após sua edição, haverá o exaurimento de todos os seus efeitos, que é a demarcação de uma determinada área como terra tradicionalmente ocupada pelos índios.

Assim, falta-lhe o caráter de generalidade, abstração e impessoalidade próprios das normas jurídicas, uma vez que perfeitamente delimitados os destinatários do ato e os efeitos jurídicos verificados (DI PIETRO, 2004, p. 191).

3 OS DIREITOS INDÍGENAS TERRITORIAIS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Analisadas as questões do ordenamento pátrio em relação aos direitos territoriais indígenas, envolvendo desde o texto constitucional, Capítulo VIII, até o Decreto 1775/1996, norma infraconstitucional, o presente capítulo se destina a examinar os direitos humanos indígenas com ênfase nos direitos territoriais.

E a justificava para realizar a referida observação se dá em razão de os direitos humanos exercerem uma relevante influência no ordenamento pátrio, sendo possível visualizar essa interferência externa no preâmbulo da Constituição de 1988, que prevê a harmonia interna como a esfera internacional.

E em seguida insere como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito a prevalência dos direitos humanos, no artigo 4º, II, e também prevê a aplicação imediata das normas de direitos humanos, pois essas integram o texto constitucional, como normas nucleares a proteção da dignidade humana, assim como os direitos fundamentais.

Antes de analisar as normas que asseguram os direitos humanos no texto constitucional, torna-se necessário compreender como os direitos humanos foram incorporados ao ordenamento pátrio. A incorporação dos direitos humanos no sistema normativo brasileiro se deu a partir do processo de democratização no Brasil, a partir de 1970, após um longo período de ditadura militar.

Nesse processo de redemocratização as forças da sociedade civil se fortaleceram mediante formas de organização, mobilizações e articulações, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas (PIOVESAN, 2015, p. 89). Destacando que nesse período os indígenas passaram a se organizar politicamente para defenderem o fim das políticas assimilacionista que negavam a sua identidade étnica.

Diante esse contexto, surgiu o Movimento Indígena Brasileiro, o MIB, cuja principal bandeira de luta era a questão territorial, junto à capacidade de resistência e luta dos povos indígenas. A luta visava a alcançar a mudança entre a relação do Estado com os Indígenas, no que tange ao rompimento das políticas normativa

integracionistas que negavam a identidade indígena (BICALHO, 2010, p. 104). Sendo que esse movimento foi o principal ator para que os direitos indígenas fossem reconhecidos na Constituição de 1988.

Essa transição democrática, lenta e gradual, possibilitou a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social (SILVA, 2016, p. 78), a Constituição de outubro de 1988. A Constituição de 1988 institucionalizou a instauração de um regime político democrático no Brasil.

Com a referida Constituição, as garantias e os direitos fundamentais foram consolidados, proporcionando proteção a todos setores sociais, principalmente os setores mais vulneráveis da sociedade brasileira, como os indígenas, os quais passaram a ter seus direitos reconhecidos, como o direito a alteridade, de ser diferente e continuar a exercer seus costumes conforme é previsto no Capítulo VIII.

A partir da Constituição de 1988, os indígenas passaram ter seus direitos assegurados constitucionalmente de acordo com sua identidade étnica. Entretanto, destaca-se que essa conquista também se originou em razão da influência da esfera internacional dos direitos humanos no cenário brasileiro.

Visto que desde meados da década de 1950, os assuntos voltados para os povos e minorias étnicas; bem como os direitos às terras e à diferença, passaram ser objeto das discussões da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (BICALHO, 2010, p. 107).

Ressalta-se que a pauta indígena já era tratada no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) desde 1957, por meio da Convenção 107. A Convenção 107, foi elaborada sob a perspectiva assimilacionista, conforme demonstra o artigo 2º de seu texto normativo que prevê “ Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países (CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL).

Contudo, a proteção aos territórios tradicionais era prevista de modo a preservar os locais que os indígenas ocupavam, ainda que nesse documento a propriedade tradicional pudesse ser reconhecida de modo individual. Assim, o artigo 11 previa “O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente” (CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL).

A perspectiva assimilacionista e o reconhecimento das terras tradicionais de modo individual como era prevista na mencionada convenção passou a ser questionada à medida que os indígenas foram se articulando nas organizações internacionais.

A Convenção 107 da OIT passou a ser contestada, em razão de promover a aculturação dos indígenas e também por reconhecer os territórios de modo individual, sendo que isso culminou em sua revisão e na sua revogação pela Convenção 169 da OIT, como será analisado mais adiante a Convenção 169 da OIT, que passou a substituí-la de maneira a promover a identidade indígena.

Essa contestação passou a ser mais intensa a partir de 1970 na esfera internacional. Destaca-se que nesse momento histórico o Brasil também sofria as mudanças oriunda da redemocratização, e junto a isso os indígenas passavam a contestar o rompimento das políticas integracionistas, as quais internacionalmente eram orientadas pela Convenção 107 da OIT.

A partir da década de 1970, os indígenas passaram a denunciar as políticas integracionistas dos estados, bem como os documentos internacionais que visavam a forçá-los a não serem mais indígenas, e sim integrados à comunhão nacional (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p. 125).

Com todo esse contexto de reivindicação contra as políticas integracionistas, em 1979, ocorreu a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. Durante o Congresso Indigenista Interamericano, foi aprovado o Plano de Ação Indigenista Interamericano, que promovia o direito à autodeterminação indígena e repudiava o tratamento discriminatório dos indígenas pelas políticas integracionistas.

Em decorrência da aprovação do plano de ação indigenista mencionado, no ano de 1985, o IX Congresso Indigenista Interamericano reconheceu o caráter multiétnico e pluricultural das sociedades latino-americanas, e rompeu com o paradigma integracionista (VERDUM, 2006, p. 123).

O rompimento com a política integracionista resultou em uma política normativa que respeitava a identidade étnica dos indígenas (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p. 125). Essa mudança de postura configurou a Convenção 169 da OIT, em 1989, que reviu o caráter integracionista da Convenção nº 107 e declarou: “os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação” (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL).

Além da Convenção 169 da OIT romper com o paradigma assimilacionista, o direito aos territórios tradicionais passou a ser reconhecido de modo coletivo, demonstrando que a noção de território tradicional envolve uma coletividade, não sendo possível limitá-lo a apenas um membro da comunidade indígena.

E essa noção de território coletivo foi prescrita no artigo 13, o qual ressaltou: “os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras, conforme eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação” (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL).

A mudança que ocorria na esfera internacional – em especial, visando à proteção dos setores vulneráveis da sociedade, como os indígenas e seus direitos – influenciou diretamente o processo de abertura dos direitos humanos no ordenamento pátrio, uma vez que um Estado Democrático de Direito deve assegurar a proteção integral do ser humano.

Com isso, os direitos humanos ganharam um espaço extraordinário no texto constitucional de 1988, sendo possível visualizar essa abertura pelo preâmbulo constitucional, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos no artigo 4º, II, e no artigo 5º, § 2º, da CF/88, que possibilita a aplicação imediata dos direitos humanos assim como dos direitos fundamentais por estar posicionado no artigo 5º, um dos núcleos dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 tornou-se abrangente e pormenorizada sobre os direitos humanos. Sendo que essa postura deu origem ao nome “Constituição Cidadã”, pois, como leciona Silva, a Constituição de 1988 é assim denominada porque acolheu a todos (SILVA, 2014, p. 100).

As liberdades fundamentais e as instituições democráticas se consolidaram no ordenamento pátrio, alterando substancialmente a política brasileira de direitos humanos, possibilitando que os direitos humanos se inserissem no ordenamento brasileiro, e oferecendo uma proteção mais efetiva aos setores mais vulneráveis da sociedade (PIOVESAN, 2015, p. 122).

A proteção dos direitos humanos a setores sociais vulneráveis como os indígenas se dá em decorrência de sua definição, a qual, segundo Louis Henkin, é esta: são direitos que possuem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido (LOUIS HENKIN, 2000, p. 155).

Esses direitos são concebidos de forma a incluir reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo, sendo essas reivindicações reconhecidas como “de direito”, e não apenas por amor, graça ou caridade (HENKIN, 2000, p. 156).

Segundo Pérez Luño: “Os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional” (PÉREZ LUÑO, 1998, p. 110).

A partir dessas definições, é possível compreender o motivo de um Estado Democrático de Direito, como é a República Federativa do Brasil, incorporar os direitos humanos em seu sistema normativo. Visto que é uma maneira de assegurar a proteção ao homem de modo geral, e, principalmente, aos grupos que historicamente foram expostos a políticas discriminatórias, como os indígenas.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 foi o primeiro texto constitucional brasileiro a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos como um princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais. Destaca-se que a referida Constituição brasileira foi a primeira a consagrar um universo de princípios para guiar o Brasil no cenário internacional, fixando valores a orientar a agenda internacional do Brasil, iniciativa não encontrada nas experiências constitucionais anteriores (PIOVESAN, 2015, p. 149).

O artigo 4º da CF/88 determina os princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais: a independência nacional (inciso I), a prevalência dos direitos humanos (inciso II), a autodeterminação dos povos (inciso III), a não intervenção (inciso IV), a igualdade entre os Estados (inciso V), a defesa da paz (inciso VI), a solução pacífica dos conflitos (inciso VII), o repúdio ao terrorismo e ao racismo (inciso VIII), a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX) e a concessão de asilo político (inciso X) (BRASIL, 1988).

O artigo 4º da Constituição simbolizou a reinserção do Brasil na arena internacional, visto que as Constituições anteriores à de 1988, ao estabelecer tratamento jurídico às relações internacionais, limitavam-se a assegurar os valores da independência e soberania.

Ao romper com a sistemática das constituições anteriores, a Constituição de 1988, consolidou o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma

propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invocou a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 54).

A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, implicou o compromisso do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como a plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira.

E em consequência a isso adotou uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos fossem gravemente desrespeitados (CRETELLA JR, 2000, p.172).Nesse sentido cabe destacar também que a Constituição Federal de 1988 de maneira inédita também consagrou o seguinte enunciado normativo, no artigo 5º §2º “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

A referida prescrição normativa significa que o texto constitucional de 1988 inseriu em seu no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos contidos nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Dessa forma, todos os direitos previstos em documentos internacionais passam a integrar o rol constitucional normativo.

E essa interpretação pode ser justificada em razão da interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, e principalmente pela força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais (PIOVESAN, 2015, p. 120). A partir de todo esse contexto demonstrado em relação ao Brasil e aos direitos, infere-se que a República Federativa do Brasil passou a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos.

O Estado brasileiro passou a se submeter a suas regras jurídicas, com o parâmetro obrigatório da prevalência dos direitos humanos (DALLARI, 2016, p. 100). A proteção aos direitos humanos passou a ser um dos pilares exigências do Estado Democrático de Direito, e conseqüentemente possibilitou a incorporação de vários documentos internacionais como a Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre os direitos dos Povos Indígenas, e Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

A incorporação dos direitos humanos ao ordenamento pátrio possibilitou a adoção desses direitos como parâmetro obrigatório para as normas jurídicas internas.

Em consequência disso, o Estado brasileiro passou a ter a responsabilidade de efetiva-los, sob pena de sofrer sanções dos órgãos internacionais que fiscalizam a efetividade dos direitos humanos (PIOVESAN, 2015, p. 115).

Essa responsabilização internacional é uma maneira de proteger os direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas na tarefa de proteger os direitos humanos internacionalmente assegurados (BUERGENTHAL, 1993, p. 59). Com isso, o sistema normativo brasileiro constrói uma garantia adicional de proteção ao ser humano, invocando uma dupla dimensão protetiva, propiciando avanços e evitando retrocessos no sistema nacional de direitos humanos e direitos fundamentais.

Os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos, acarretando aos Estados que os ratificam obrigações no plano internacional (PIOVESAN, 2015, p. 120).

Analisado o contexto geral da influência dos direitos humanos no ordenamento pátrio a partir da Constituição Federal de 1988, bem como a atuação dos indígenas para garantirem documentos internacionais que reconhecessem sua identidade étnica, torna-se necessário destacar a importância de cada documento internacional que foi incorporada as normas brasileiras.

A análise desses documentos de direitos humanos indígenas tem como objetivo específico analisar como cada documento internacional projetou o direito às terras tradicionais, e como foram incorporados ao ordenamento pátrio, no que tange a procedimentos interpretações normativas.

E para realizar essas observações o presente capítulo se dividirá em quatro momentos, o primeiro é destinado Convenção 107 da OIT, em virtude de esse ser o primeiro documento de direitos humanos voltado aos indígenas.

A segunda parte é dedicada à Convenção 169 da OIT, documento que rompeu com a perspectiva integracionista no cenário internacional, e passou a reconhecer o direito a alteridade e autodeterminação indígena, e conseqüentemente forneceu uma proteção mais efetiva aos direitos territoriais.

A terceira parte é destinada à avaliação da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que foi elaborada no ano de 2007, e, por fim, o quarto momento é dedicado à análise da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que foi elaborada no 2016.

Destaca-se que os dois primeiros documentos internacionais se assemelham em virtude de serem “Convenções” que consistem em documentos que criaram regras gerais (GOIO, 2011, p. 112) para normatizarem a questão indígena e foram assinados em conferências internacionais da Organização Internacional do Trabalho, a OIT.

A Convenção 169 da OIT passou pelo procedimento estabelecido pelo artigo 84, VIII, que prevê a competência do Presidente da República em celebrar convenções internacionais, sujeitando-as ao referendo do Congresso Nacional (SEITENFUS, 2014, p. 78). Enquanto as declarações de direitos humanos são documentos cujos representantes dos governos expressam sua concordância com as metas, objetivos e princípios de uma determinada temática e se comprometem de modo harmônico.

Entretanto essas metas não possuem força vinculante como as Convenções, visto que essas não passaram pelo processo normativo de referendo pelo Congresso Nacional (MELLO, 2004, p. 67). Ressalta-se que essa parte introdutória ao quarto capítulo teve como objetivo demonstrar como os direitos humanos foram inseridos no ordenamento brasileiro, e qual o contexto que os documentos internacionais de direitos humanos indígenas foram elaborados.

Uma vez que esses documentos internacionais são voltados especificamente à proteção dos direitos humanos indígenas, oferecendo uma garantia adicional para os estados respeitá-los e efetivá-los.

Assim, torna-se necessário analisar cada documento a fim de observar como o direito à terra foi projetado em cada um, para que no capítulo seguinte seja possível compreender como a anulação do processo de demarcação do território tradicional Panambi Lagoa Rica dos guarani kaiowá em Mato Grosso do Sul contraria os direitos humanos indígenas, em especial, o direito à terra ratificados pela República Federativa do Brasil.

3.1 CONVENÇÃO 107 DA OIT: O PARADIGMA ASSIMILACIONISTA NO CENÁRIO INTERNACIONAL E O RECONHECIMENTO DO TERRITÓRIO TRADICIONAL COMO PROPRIEDADE INDIVIDUAL

A Convenção 107 da OIT foi o primeiro documento na esfera internacional destinado exclusivamente aos direitos humanos indígenas. Sendo que isso justifica a

sua importância no contexto histórico de documentos internacionais de direitos humanos indígenas.

Apesar de ser um documento que visava a promover a proteção dos direitos humanos indígenas, sua elaboração se deu na perspectiva assimilacionista. À medida que essa convenção for analisada, uma contradição será inerente: um documento que visava a proteger tinha como finalidade que os indígenas não fossem mais indígenas.

Contudo, a análise normativa desse documento torna-se necessária para que se compreenda como o direito à terra na perspectiva dos direitos humanos foi sendo aperfeiçoado e conceituado. O presente exame será configurado em três momentos: o primeiro será o contexto histórico do referido documento, o segundo será destinado à compreensão do ideal assimilacionista do documento, e o terceiro voltado à análise dos artigos destinados à proteção das terras tradicionais.

Os indígenas tiveram suas reivindicações inseridas no cenário internacional no de 1957 durante a realização da XL Conferência Internacional do Trabalho, que era um órgão legislativo da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Nesse evento, as observações e as recomendações dos indígenas estruturaram a Convenção 107 da OIT, a qual visava a constituir um mecanismo jurídico para regular as questões trabalhista que envolviam os indígenas (OLIVEIRA; BRAUN; GIACHIN, 2019, p. 15).

Entretanto, sua regulação normativa abrangia desde questões trabalhistas, culturais até territoriais, então, sua aplicabilidade passou a ser além da temática trabalhista. Um dos motivos que levaram a Organização Internacional do Trabalho a ter essa iniciativa foi que, a partir de 1957, a questão indígena passou a ser latente no âmbito da organização, devido a condições de trabalho insalubres indígenas, as quais desrespeitavam a dignidade humana e os direitos humanos.

Esse desrespeito permeava a identidade, a língua, a cultura e a organização social dos indígenas (OLIVEIRA; BRAUN; GIACHIN, 2019, p. 15). Como forma de combater essa situação, o Sistema da Organização das Nações Unidas, governos, organizações de empregadores, trabalhadores e a OIT criaram mecanismos para inibir ações discriminatórias que se alastravam no contexto mundial, originando a Convenção n. 107, de 1957.

Elaborada a Convenção 107 da OIT padrões mínimos de proteção foram estabelecidos aos indígenas, sendo que esses padrões ultrapassaram a esfera trabalhista e envolvendo um extenso rol de direitos voltados aos indígenas, como o direito a terras. A Convenção 107 da OIT foi elaborada na perspectiva integracionista

ou assimilacionista, pois este consenso era dominante nesse momento histórico, como explicado no presente trabalho.

O paradigma assimilacionista é visível no título da convenção que prevê “ A Integração e a Proteção das Populações Indígenas, Tribais e Semitribais em Países Independentes” (CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL). Essa ideia da necessária integração das populações indígenas à comunhão nacional torna-se evidente no texto preambular da convenção, que prescreve que tanto do ponto de vista humano como do interesse dos países interessados, melhorar as condições de vida e trabalho das populações indígenas, por meio de múltiplas ações, que eram necessárias, para que esses povos não se mantenham à margem do progresso da comunidade nacional (CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL).

As normas internacionais de caráter geral sobre a questão indígena almejavam facilitar providências indispensáveis para proteger os indígenas, à medida que fossem avançando na interação progressiva em suas comunidades nacionais²³ (CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL).

O artigo 1º, parágrafo 2º, da referida convenção estabelece que grupos semitribais seriam grupos com pessoas que em um determinado período iriam perder suas características tribais²⁴, mas que ainda não se integraram a sociedade (MARTINS, 2009, p. 100).

Essa visão se fundamentava na ideia que a cultura indígena era inferior, portanto seria obrigatório a cultura dominante aloca-la, por meio da integração a cultura nacional (OLIVEIRA; BRAUN; GIACHIN, 2019, p. 16).

²³ “Considerando que é conveniente, tanto do ponto de vista humano como do interesse dos países interessados, procurar a melhoria das condições de vida e trabalho dessas populações mediante uma ação simultânea sobre o conjunto de fatores que a mantiveram até aqui à margem do progresso da comunidade nacional de que fazem parte; Considerando que a aprovação de normas internacionais de caráter geral sobre o assunto será de molde a facilitar as providências indispensáveis para assegurar a proteção das comunidades em jogo, sua interação progressiva nas respectivas comunidades nacionais e a melhoria de suas condições de vida ou de trabalho; Notando que tais normas foram formuladas em colaboração com as Nações Unidas, a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura, a Organização da Nações Unidas para a Educação a ciência e a Cultura e a Organização Mundial da Saúde, nos escalões competentes e nos respectivos setores, e que se propõe a procurar que as referidas entidades prestem, de maneira contínua, sua colaboração às medidas destinadas a estimular e assegurar a aplicação de tais normas, aprova aos vinte e seis de junho de mil novecentos e cinqüenta e sete a presente Convenção, que será intitulada Convenção sobre as Populações Indígenas e Tribais, 1957” (Convenção 107 da OIT).

²⁴ Artigo 1º § 2º Para os fins da presente convenção, o termo “semitribal” abrange os grupos e as pessoas que, embora prestes a perderem suas características tribais, não se achem ainda integrados na comunidade nacional (Convenção 107 da OIT).

Ressalta-se que os indígenas são mencionados especificamente na alínea b, do artigo 1º, que traz que são considerados indígenas aos membros de populações tribais ou semitribais que tivessem descendência das populações que habitavam um país na época ou da colonização (CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL).

A alocação à cultura nacional deveria ocorrer por todas as vias aos povos que tivessem descendência indígena, sendo essas vias normativas, econômicas, trabalhistas ou até econômicas (IKAWA, 2010, p. 518) como assegura o seguinte artigo:

Artigo 2º 1. Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países.

2. Tais programas compreenderão medidas para: a) permitir que as referidas populações se beneficiem, em condições de igualdade, dos direitos e possibilidades que a legislação nacional assegura aos demais elementos da população; b) promover o desenvolvimento social, econômico e cultural das referidas populações, assim como a melhoria de seu padrão de vida; c) criar possibilidades de integração nacional, com exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial dessas populações.

3. Esses programas terão essencialmente por objetivos o desenvolvimento da dignidade, da utilidade social e da iniciativa do indivíduo.(CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL).

Os artigos 1º e 2º citados possibilitam inferir que os indígenas eram tratados de modo a serem incorporados a comunhão nacional devendo o Estado elaborar medidas para isso fossem concretizados. Os dois artigos se encontram na primeira parte da convenção, sendo “Princípios Gerais” que exteriorizam a orientação assimilacionista da convenção, bem como a contradição normativa almejava proteger, mas a própria norma cometia a violência de não reconhecer os indígenas de acordo com sua identidade.

Analisado o contexto histórico e o ideal assimilacionista do primeiro documento internacional voltado especificamente para os indígenas, cabe a análise do direito à terra contido na convenção. O direito às terras tradicionais na Convenção 107 da OIT é na segunda parte, abrangendo os artigos décimo primeiro até o artigo décimo quarto.

O artigo 11º inaugura a “Parte II” da convenção estabelecendo como se configura o direito à terra indígena, sendo conceituado pelo seguinte enunciado normativo: “o direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos

membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente” (CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL).

O direito à terra indígena poderia ser reconhecido como um direito coletivo ou individual, sendo que essa última concepção merece destaque. A terra indígena é, por natureza, uma propriedade coletiva, pois envolve uma comunidade dependente deste território para que possam realizar sua manutenção física e cultural (CUNHA, 2019, p. 21).

Ao reduzi-la em uma propriedade individual retira-se o caráter de terra tradicional, pois essa passa a ter o status de propriedade individual, retirando a identidade étnica do território. O direito à propriedade do território indígena como um direito coletivo, fundamenta-se pela relação que as comunidades tradicionais mantêm com a terra.

Um relacionamento que vai além da reprodução física, guardando relações culturais e espirituais coletividade (SOUZA FILHO, 1998). A propriedade considerada apenas um direito individual é baseado meramente nas funções produtivas e econômicas da terra. E esse consenso contraria a projeção que os indígenas têm com suas terras, as quais torna-se fonte e continuidade de vida e expressão de sua coletividade (SOUZA FILHO, 1998).

Ressalta-se que esse reconhecimento individual da propriedade indígena decorre da orientação assimilacionista da Convenção. Visto que as orientações normativas visavam à integração dos indígenas à comunhão nacional, e conseqüentemente tornariam a terra apenas um instrumento para a produção individual.

O segundo artigo a tratar das terras indígenas é o artigo 12, que contém três alíneas, sendo que sua temática se refere aos casos de deslocamento dos indígenas de suas terras tradicionais. A primeira alínea do artigo traz como requisito para o deslocamento a manifestação de consentimento da comunidade tradicional.

Entretanto, essa manifestação poder sofrer uma mitigação quando houver motivos relacionados à segurança nacional, ao interesse econômico do país ou em casos necessários a preservação da saúde dos indígenas (CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL).

A segunda alínea traz qual é a consequência para o Estado que ordenou o deslocamento, em decorrência dos motivos listados anteriormente, assim o estado

deverá obrigatoriamente realocar os indígenas para um território apto a garantir as necessidades culturais e materiais.

Nos casos em que a comunidade optar pelo não realocamento, esta terá o direito a uma indenização equivalente as suas perdas (CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL). Por fim, a terceira alínea destaca a indenização em relação a perdas e danos sofridos pelo deslocamento (CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL).

Artigo 12. 1. As populações interessadas não deverão ser deslocadas de seus territórios habituais sem seu livre consentimento, a não ser de conformidade com a legislação nacional, por motivos que visem à segurança nacional, no interesse do desenvolvimento econômico do país ou no interesse da saúde de tais populações.

2. Quando, em tais casos, se impuser um deslocamento a título excepcional, os interessados receberão terras de qualidade ao menos igual à das que ocupavam anteriormente e que lhes permitam satisfazer suas necessidades atuais e assegurar seu desenvolvimento futuro. Quando houver possibilidade de encontrar outra ocupação ou os interessados preferirem receber uma indenização em espécie ou em dinheiro, serão assim indenizados com as devidas garantias

3. As pessoas assim deslocadas deverão ser integralmente indenizadas por toda perda, por todo o dano por elas sofrido em consequência de tal deslocamento (CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL).

O artigo 13 é composto por duas alíneas; a primeira se refere às modalidades de transmissão dos direitos de propriedade dos indígenas, ressaltando que essa transmissão deverá respeitar as legislações nacionais, bem como o desenvolvimento das populações indígenas (CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL).

A segunda alínea se refere à proteção do documento para que os indígenas não sejam prejudicados devido aos seus costumes, em casos que pessoas estranhas possam querer adquirir a propriedade²⁵ (CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL).

Por último, o artigo que trata questões relacionadas aos territórios tradicionais na Parte II, da Convenção 107 da OIT, é o artigo 14 que diz respeito a programas agrários que beneficiariam os indígenas, sendo que essas terras deveriam ter

²⁵ Artigo 13 1. As modalidades de transmissão dos direitos de propriedade e de disposição de terras, consagradas pelos costumes das populações interessadas, serão respeitadas no quadro da legislação nacional, na medida em que atendam às necessidades de tais populações e não prejudiquem seu desenvolvimento econômico e social.

2. Serão tomadas medidas para evitar que pessoas estranhas a essas populações possam prevalecer-se de seus costumes ou da ignorância dos interessados em relação à lei com o objetivo de adquirir a propriedade ou o uso de terras pertencentes a essas populações (Convenção 107 da OIT).

qualidade assim como as pertencentes a comunhão nacional²⁶ (CONVENÇÃO 107 DA OIT, BRASIL).

Os quatro artigos dizem respeito aos territórios indígenas, mas o sentido coletivo das terras tradicionais ainda não era considerado de modo integral, podendo ser declarado a propriedade individual de uma terra indígena, pela interpretação da convenção.

A Convenção 107 da OIT envolveu diversos direitos relacionados aos indígenas, dentre eles, os direitos territoriais, apesar de que esse não era o objetivo central da convenção, como já fora mencionado. A análise do documento demonstra que as normas da convenção estabeleciam a tutela em relação aos indígenas e seus bens como as terras.

A convenção possuía um caráter assimilacionista, contudo merece destaque em razão de ter sido o primeiro documento internacional voltado aos indígenas. Assim, a Convenção 107 da OIT possibilitou que, posteriormente, os indígenas fossem reconhecidos de acordo com suas culturas e formas de organização social e política junto a questão das territorial, na esfera internacional com a Convenção 169 da OIT, que será analisada a seguir.

3.2 A CONVENÇÃO 169 DA OIT E O DIREITO ÀS TERRAS ORIGINÁRIAS COMO DIREITO COLETIVO

A Convenção surgiu no ano de 1989, sendo fruto da revisão normativa da Convenção 107 da OIT que era orientada pelo paradigma assimilacionista, que não reconhecia a identidade indígena em razão de considerá-la uma cultura inferior. Com já foi mencionado anteriormente, a partir de 1970, os indígenas passaram a se organizar reivindicando documentos que reconhecessem sua identidade étnica, sendo que esse movimento originou a Convenção 169.

²⁶ Artigo 14. Programas agrários nacionais deverão garantir às populações interessadas condições equivalentes s de que se beneficiem os demais setores da comunidade nacional, no que respeita: a) à concessão de terras suplementares quando as terras de que tais populações disponham sejam insuficientes para lhes assegurarem os elementos de uma existência normal ou para fazer face a seu crescimento demográfico) à concessão dos meios necessários ao aproveitamento das terras já possuídas por tais populações. Convenção 107 da OIT. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20C2%BA%20107).pdf) . Acesso em 10 de janeiro 2020.

A referida convenção passou a reconhecer a identidade étnica dos indígenas, de acordo com seus usos, costumes e tradições, sendo que isso se denominou como direito à autodeterminação. Reconhecimento que se tornou essencial para que o direito ao território fosse reconhecido como um direito coletivo, e não mais um direito individual, como era considerado na Convenção 107 da OIT.

O reconhecimento do direito à terra como um direito coletivo pressupõe o rompimento com o paradigma assimilacionista, bem como o reconhecimento de uma multiplicidade de direitos, como o direito a identidade étnica, o direito à autodeterminação. Baldi (2015) leciona que a terra indígena é um direito coletivo, pois respeita a diversidade étnica, cultural e religiosa, a pluralidade socioambiental, o direito à memória.

E esses direitos vão muito além dos clássicos *jus utendi*, *jus fruendi* e *jus abutendi*, que caracterizam a propriedade individual. Com isso, todos esses direitos passam a ser reconhecidos na Convenção 169 da OIT, e passam a ser elementos relacionados ao território tradicional.

A convenção rompeu com o paradigma assimilacionista e se tornou um marco na consolidação dos direitos humanos indígenas, principalmente, do direito à terra de modo coletivo. Contrariando o regime assimilacionista da convenção anterior, a Convenção 169 da OIT passou a proibir políticas discriminatórias, que impediam os indígenas de exercerem seus costumes.

O rompimento com as normas assimilacionistas fica evidente no preâmbulo da Convenção 169 da OIT, que prescreve: “Considerando a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças dos indígenas em todo mundo fazem aconselhável novas normas internacionais, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores” (CONVENÇÃO 169 DA OIT).

Assim, o direito de assumir o controle de suas instituições, de sua forma de viver, desenvolver-se e fortalecer suas identidades, línguas, religiões, dentro do estado que ocupavam tornou-se um direito (OLIVEIRA; BRAUN; GIACHIN, 2019, p. 20).

O direito à terra foi projetado como um direito coletivo ligado estritamente com a comunidade, sendo esse o habitat físico e cultural dos indígenas, abrangendo solo, água, espaço aéreo, meio ambiente, locais sagrados e centros de cerimônia (OLIVEIRA; BRAUN; GIACHIN, 2019, p. 20).

A definição dos indígenas foi feita no artigo 1º alínea b, como descendentes de populações que habitavam o país ou uma região geográfica na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL).

O conceito de indígenas contido na presente convenção demonstra que o assimilacionismo não orientava mais a definição de indígena, pois sua identidade passa a ser reconhecida pela norma, como infere-se pela leitura do § 2º do artigo 1º “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção” (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL).

O direito à identidade étnica é consolidado da convenção 169 da OIT no artigo 5, que prevê em suas alíneas, a e b, que devem ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados, junto ao respeito a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL).

Enquanto o direito à autodeterminação é previsto no artigo 7º § 1º que prevê os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades a respeito de seu desenvolvimento, observando seu modo de vida, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL).

A previsão do direito à identidade étnica e do direito à autodeterminação, para ser exercido de modo pleno, pressupõe o direito a um local singular que simbolize a coletividade tradicional, sendo este o respeito ao território indígena (BARBOSA, 2001, p. 167).

Após a Convenção 169 OIT discorrer esses direitos, a Parte II tratará das terras tradicionais, e o primeiro artigo que inaugura essa seção o artigo 13, § 1º dispõe: “os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com seus territórios, segundo os casos, que eles ocupam, considerando seus aspectos coletivos” (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL).

O referido enunciado normativo demonstra a intensa relação da terra com a coletividade indígena, tornando –a uma posse coletiva, contrariando o que era

disposto na Convenção 107, que considerava a terra indígena como uma propriedade individual.

Visto que a concepção integracionista não reconhecia os aspectos da relação coletiva indígena com a terra, pois estes seriam gradualmente aculturados a comunhão nacional.

O artigo 13, § 2º, conceitua o termo **terras** como o elemento material que inclui a palavra **territórios**, envolvendo a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL). O habitat significa a extensão material, onde manifestam suas tradições e onde encontram seu sentido de vida, de acordo com suas cosmovisões e aceções específicas (NOGUEIRA, 2015, p. 531).

O artigo 14, §1º, menciona o direito ao reconhecimento das terras tradicionais pelos estados, devendo estes adotarem medidas para solucionarem possíveis conflitos em relação a indígenas e agricultores que reivindicem a área, bem como medidas para garantir que os direitos de propriedade e posse dos indígenas sejam respeitados e efetivados.

Artigo 14. 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes. 2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse. 3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL).

Em seguida, o artigo 15 defende o direito de os indígenas participarem das iniciativas estatais realizadas em seus territórios, que vão desde as estratégias de conservação e gestão do meio ambiente à participação dos benefícios gerados.

Direito que reconhece aos indígenas a sua relação especial com a natureza, e valoriza a sua importância para o desenvolvimento de sua cultura, religião e a relação existente entre a diversidade e a identidade indígena, demonstrando que há íntima

relação entre o futuro dos indígenas e os ecossistemas que ocupam²⁷ (ORUE, 2011, p. 86-87).

O artigo 16 prescreve o direito de os territórios tradicionais não serem transladados, que consiste na presença de obras infraestruturais nas terras indígenas. Contudo, a Convenção 169 da OIT traz situações excepcionais que podem justificar a presença de transladados em territórios indígenas, desde que esses sigam a legislação nacional que cada Estado estabelece.

E torna-se obrigatória a consulta prévia aos indígenas, bem como o reassentamento deles a terras de qualidade similar, quando não for possível o retorno a suas terras de origem²⁸ (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL). No artigo 17, prescreve os direitos de os indígenas terem suas modalidades de transmissão dos direitos sobre a terra, e entre seus membros respeitadas (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL).

Destacando que o direito de consulta aos interessados torna-se necessário sempre que for considerada a possibilidade de alienar ou transmitir suas terras. Por fim, o artigo 18 dispõe que a lei deverá impor sanções a toda intrusão não autorizada em terras tradicionais (DREMISKI; LINI, 2013, p. 234).

²⁷ Artigo 15 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades (Convenção 169 da OIT, Brasil).

²⁸ Artigo 16 1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser transladados das terras que ocupam. 2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados. 3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento. 4. Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas (Convenção 169 da OIT, Brasil).

A Convenção 169 da OIT tornou-se um marco de referência para os Estados em relação aos direitos humanos indígenas, consolidando-se como instrumento de maior transcendência internacional.

Todos os países que a ratificaram passaram a se comprometer a respeitar e efetivar os direitos indígenas, como a autodeterminação e os territórios tradicionais. A referida convenção representou uma nova política de tratamento aos indígenas, tendo como pressuposto o reconhecimento da identidade étnica. Os movimentos e organizações indígenas, a consideram como “um importante instrumento jurídico na defesa e promoção dos direitos indígenas” (GARZÓN; VALLE, 2006, p. 82).

A Convenção estabeleceu preceitos em favor da integridade cultural e da não discriminação indígena sobre os direitos de suas terras e de seus recursos naturais, estimulando os Estados a respeitar a identidade indígena (FARJADO, 2009, p. 37). Outro avanço conquistado pela Convenção 169 da OIT foi o reconhecimento dos direitos coletivos indigenistas, como a propriedade sobre terras tradicionais, que na Convenção 107 da OIT ainda era considerada como um direito individual.

A República Federativa do Brasil tornou-se signatária da referida Convenção, ratificando-a em 2002, com o compromisso de defender e concretizar todos os direitos contidos na convenção, principalmente, os direitos territoriais, uma vez que estes possuem afinidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

3.3 A DECLARAÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: A REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS E DA PROTEÇÃO À PROPRIEDADE COLETIVA TRADICIONAL

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas é um documento que foi consolidado no ano de 2007, sendo uma releitura dos direitos contidos na Convenção de 169 de OIT, de modo a adequá-los às novas realidades dos direitos indígenas, em relação ao ano da convenção da OIT. A referida declaração não estabeleceu novos direitos ou direitos diferentes daqueles contidos na Convenção 169 da OIT, mas reconheceu e afirmou direitos fundamentais universais no contexto das culturas, realidades e necessidades indígenas.

A Declaração contribui para uma maior conscientização sobre a opressão histórica impetrada contra os indígenas, promovendo a tolerância, a compreensão e

as boas relações entre os indígenas e os demais segmentos da sociedade (RAMOS, 2017, p. 46).

Ressalta-se que essa declaração da ONU não é obrigatória, assim como a Convenção 169 da OIT. Contudo, representou o desenvolvimento dinâmico de normas legais internacionais, refletindo o comprometimento dos Estados a se moverem em certas direções. Regidos por alguns princípios, como os presentes na Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Apesar de não ser um instrumento juridicamente vinculante, a Declaração da ONU serviu para estabelecer diretrizes para as políticas e legislações nacionais relacionadas aos indígenas. Além disso, a Declaração reconheceu direitos importantes e reafirmou alguns direitos já estipulados de forma vinculante por tratados internacionais de direitos humanos, por exemplo, o direito às terras tradicionalmente ocupadas e aos recursos naturais nelas existentes.

O documento ressaltou os direitos dos indígenas em manter e reforçar suas próprias instituições, culturas e tradições, além de prosseguir com seu desenvolvimento em sintonia com suas necessidades e aspirações. Na declaração, é registrado o compromisso dos Estados para tomarem medidas a fim de ajudar e garantir que os povos indígenas tenham respeitados os seus anseios e decisões sobre os assuntos que lhes dizem respeito.

A proteção as terras indígenas vêm destacadas no preâmbulo da Declaração, que relata que uma das consequências das injustiças históricas vivenciadas pelos indígenas teve como resultado, entre outras coisas, a subtração de suas terras, territórios e recursos (PEREIRA, 2012, p. 57), sendo que isso os impediu de exercer diversos direitos humanos como direito ao desenvolvimento, em conformidade com suas próprias necessidades e interesses.

A Declaração tem como objetivo 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.

Reconhecendo também a necessidade urgente de respeitar e promover os direitos dos povos indígenas afirmados em tratados, acordos e outros arranjos construtivos com os Estados, como da Convenção 169 da OIT. O artigo 8º, § 1º, descreve que cabe aos estados estabelecerem mecanismos eficazes para a

prevenção e a reparação de atos que tenha por objetivo ou consequência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos (BRASIL, 2007).

Novamente, assim como na Convenção 169 da OIT encontra-se a proteção aos indígenas para que eles não sejam removidos a força de seus territórios, bem como a necessidade de consulta prévia para presença de algum traslado em suas terras. Isso é descrito no artigo 10 da declaração: “Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios.

Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa” (BRASIL, 2007).

No artigo 25, a ligação espiritual entre as terras indígenas e a comunidade é colocada de maneira bem clara: “Os indígenas têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras e outros recursos que tradicionalmente possuam ou ocupem e utilizem” (BRASIL, 2007).

Em seguida, o artigo 26 reafirma o direito dos indígenas sobre os territórios que ocupam, sendo que esse direito abrange o direito de possuir, utilizar e controlar suas terras. E tornam-se obrigatórias aos estados medidas para assegurar que esse direito seja cumprido (BRASIL, 2007).

Artigo 26. 1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido. 2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido. 3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. (DECLARAÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, BRASIL, 2007)

3.4 A DECLARAÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: A PROTEÇÃO DA AMÉRICA AS TERRAS TRADICIONAIS

A Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DADPI) é o documento mais recente na esfera internacional em relação aos direitos indígenas; foi aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA). Foi

o primeiro instrumento da história de uma organização intergovernamental, a OEA, que visa a proteger e promover os direitos dos indígenas das Américas.

A sua aprovação ocorreu por aclamação dos 35 Estados Membros, no dia 15 de junho de 2016, em Santo Domingo, capital da República Dominicana. Essa declaração, assim como a Declaração da ONU Sobre os Direitos do Povos Indígenas analisada anteriormente, não é uma declaração obrigatória, mas representa o comprometimento dos Estados com efetivarem os direitos indígenas.

A DADPI é cerca de 30% mais extensa do que a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (ONU) e trata de quatro temas novos, não contemplados pela ONU ou pela Convenção 169 da OIT. Os novos temas, por exemplo, encontram-se no artigo 2º, que afirma o reconhecimento e o respeito dos Estados ao caráter pluricultural e multilíngue dos povos indígenas, como parte integral das sociedades; no artigo 9º, que regula a personalidade jurídica das organizações indígenas; no artigo 13º, que trata sobre o direito à identidade indígena e integridade cultural.

Esses direitos mencionados foram apenas um exemplo de novos temas que essa Declaração tratou de modo inédito, mas o objetivo da presente análise é observar como o direito a terras indígenas foi tratado.

A Declaração prescreveu que, diante da urgente necessidade de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas que decorrem de suas estruturas políticas, de sua história e de sua filosofia. Especialmente, os direitos a suas terras, territórios e recursos novas políticas normativas deveriam ser consolidadas.

Em quase todos artigos, é possível encontrar a ligação do direito à terra com outros direitos, como é o caso do artigo 6º, o qual estabeleceu quais seriam os direitos coletivos indígenas, indispensáveis para a existência, o bem-estar e o desenvolvimento integral desses povos, sendo seus sistemas ou instituições jurídicas ou cultura os quais necessitam de um local singular, como o direito à terra, para serem exercidos (RASIL, 2016).

No artigo 18, o direito à saúde dos indígenas é relacionado com o direito às terras tradicionais, assim, o enunciado normativo prescreve: “Os povos indígenas têm direito a seus próprios sistemas e práticas de saúde, bem como ao uso e à proteção das plantas, animais e minerais de interesse vital, e de outros recursos naturais de uso medicinal de suas terras” (BRASIL, 2016).

No artigo 19, o direito ao desenvolvimento das terras tradicionais é prescrito, que consiste no direito de conservar, restaurar e proteger o meio ambiente, bem como realizar o manejo sustentável de suas terras, e protege-las de atividades nocivas ao meio ambiente (BRASIL, 2016).

O direito às terras tradicionais, de modo específico, está descrito no artigo 25, que se localiza na Quinta Seção, destinada aos direitos sociais, econômicos e de propriedade.

O referido artigo envolve as formas tradicionais de propriedade e sobrevivência cultural, direito a terras, territórios e recursos. No § 1º, do artigo 25, o direito dos indígenas de manter fortalecer sua própria relação espiritual, cultural e material com suas terras, territórios e recursos é descrito (BRASIL, 2016), de forma a demonstrar que a relação dos indígenas com sua terra vai além dos padrões individualistas da concepção de propriedade ocidental.

Fundando-se em relações culturais e espirituais, aquele território torna-se essencial à vida comunitária para a presente e futura geração (HOUTART, 2011, p. 119). Com isso, infere-se que a territorialidade indígena se avalia em uma dimensão que ultrapassa as funções meramente econômicas da terra, sendo uma fonte de vida.

No § 2º, do artigo em comento, o direito ao reconhecimento das terras que os indígenas tenham ocupado é descrito, visando a que os Estados promovam a efetivação desse direito, e, em seguida, o § 3º reforça o direito de utilização dessas terras, prescrevendo: “Os povos indígenas têm direito à posse, utilização, desenvolvimento e controle das terras, territórios e recursos de que sejam proprietários, em razão da propriedade tradicional ou outro tipo tradicional de ocupação” (BRASIL, 2016).

No § 4º, é descrita a necessidade de os Estados assegurarem proteção jurídica as terras indígenas, devendo respeitar os usos e costumes indígenas; por fim, no § 5º, o direito ao reconhecimento legal das modalidades e formas diversas e particulares de propriedade, posse ou domínio de suas terras das terras tradicionais são reconhecidas, devendo respeito às legislações nacionais (BRASIL, 2016).

Neste capítulo, foi analisado o direito à terra na perspectiva internacional dos direitos humanos; para compreender como se deu a influência dos documentos de direito humanos indígenas, na parte introdutória do capítulo, foi demonstrado como os direitos humanos foram inseridos na Constituição Federal de 1988.

O texto constitucional, desde o seu preâmbulo, já expressa a importância dos direitos humanos em seu ordenamento pátrio, assim estabeleceu como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, a prevalência dos direitos humanos, no artigo 4º, II, bem como a integração dos direitos humanos ao texto constitucional por meio do artigo 5º, § 2º.

Nesse sentido, os documentos de direitos humanos indígenas foram analisados em ordem cronológica, sendo estes a Convenção 107 da OIT, a Convenção 169 da OIT, a Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração da OEA Sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Na Convenção 107 da OIT, foi possível inferir que o direito às terras tradicionais poderia ser reconhecido de maneira individual. Essa possibilidade se dava em razão do paradigma assimilacionista ou integracionista que orientava as normas da convenção, pois esta não reconhecia a identidade indígena e, conseqüentemente, não compreendia a relação coletiva das terras com a comunidade.

Entretanto, essa possibilidade de reconhecimento foi suprimida com a Convenção 169 da OIT, que rompeu com o paradigma assimilacionista e passou a reconhecer a identidade indígena e os territórios tradicionais, pois compreendeu-se que estes integravam aquela.

A Convenção 169 da OIT passou a ser um marco internacional do reconhecimento da identidade indígena, por reconhecer o direito à autodeterminação, bem como o direito à alteridade, assim, todos os direitos indígenas passaram a ser respeitados, devendo todos os Estados que a ratificaram cumprir esses direitos.

A República Federativa do Brasil ratificou a referida convenção, celebrando o compromisso de assegurar que os direitos humanos indígenas da Convenção 169 fosse cumprido. Entretanto, como será possível observar no capítulo seguinte, os direitos humanos à terra tradicional dos indígenas não foram efetivados, em razão do processo demarcatório da terra indígena Panambi Lagoa Rica, dos guarani kaiowá, em Mato Grosso do Sul ter sido anulado.

Em seguida, analisaram-se duas declarações de direitos humanos referentes aos direitos humanos indígenas, a Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas. A primeira declaração foi estruturada do âmbito da Nações Unidas, em 2007, a fim de realizar uma releitura dos direitos humanos indígenas estabelecidos na Convenção 169 da OIT, e a segunda foi consolidada na esfera da Organização dos Estados

Americanos, visando a uma proteção normativa direcionada os indígenas das Américas.

A Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas foi consolidada no ano de 2016, sendo o documento mais recente em relação aos direitos humanos indígenas, os quais foram reafirmados na referida declaração, mas foram aprofundados de modo a tentar proteger integralmente todos os direitos humanos indígenas.

As análises desses quatro documentos internacionais tornam-se relevantes no presente estudo, em razão de o texto constitucional fornecer eficácia normativa aos direitos humanos no ordenamento pátrio. Especialmente, pela ratificação de todos esses documentos pela República Federativa do Brasil. Com isso, a anulação do processo demarcatório desrespeita tanto direitos fundamentais indígenas como direitos humanos.

4 A ANULAÇÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO DO TERRITÓRIO PANAMBI LAGOA RICA, DOS GUARANI KAIOWÁ EM MATO GROSSO DO SUL

O presente capítulo visa a estudar o processo de anulação do território Panambi Lagoa Rica, dos guarani kaiowá, no estado de Mato Grosso do Sul. Entretanto, para realizar a referida análise, torna-se necessário fazer um breve apontamento histórico da ocupação guarani kaiowá no território, a fim de compreender quando se iniciou a ocupação tradicional do referido território e como esta fundamenta a tradicionalidade territorial.

O levantamento histórico da ocupação tradicional dos guarani kaiowá no território Panambi Lagoa Rica será realizado na primeira parte do capítulo, o qual se dividirá em quatro partes. Em seguida, a segunda parte se destina ao exame do processo de demarcação territorial, fundamentado no Decreto 1775/1996, que teve suas diretrizes normativas explicadas no Capítulo 2.4.

Desse modo, as ponderações dessa parte serviram para demonstrar como ocorreu os procedimentos normativos do citado decreto no caso Panambi Lagoa Rica, em Mato Grosso do Sul.

A terceira parte tem como objetivo a análise da decisão judicial da 1ª Vara Federal de Dourados, que anulou o processo de demarcação do território Panambi Lagoa Rica, no ano de 2016.

A quarta parte pretende analisar os argumentos que fundamentaram a decisão judicial, como a tese do marco temporal e a tese do renitente esbulho, tendo como aporte o texto constitucional de 1988 e os direitos humanos previstos na Convenção 169 da OIT, na Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas e na Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas.

Assim visa-se analisar se a decisão de anulação do processo demarcatório está de acordo com a perspectiva normativa apresentada nesses textos. A Constituição Federal de 1988 assegura o direito às terras originárias como um direito fundamental e os documentos internacionais analisados nesta pesquisa interpretam as terras originárias como direitos humanos essenciais à identidade étnica dos indígenas.

4.1 HISTÓRICO DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL DOS GUARANI KAIOWÁ NO TERRITÓRIO PANAMBI LAGOA RICA, EM MATO GROSSO DO SUL

A terra Indígena Panambi Lagoa Rica possui um total de 12.196 hectares e se localiza entre os municípios de Douradina e Itaporã, e entre as margens dos Rios Vacaria e Ivinhema, no estado de Mato Grosso do Sul. Entretanto, atualmente, apenas 366 hectares encontram-se ocupados pelos guarani kaiowá, sendo que esse exíguo território é resultado do processo de expulsão sofrido por essa etnia ao longo dos anos.

A presença dos guarani kaiowá nesse território amplo é longínqua, e encontra-se consolidada nas narrativas indígenas, na documentação produzida pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e por outros organismos estatais. Destaca-se que a presença dos indígenas guarani kaiowá no território Panambi Lagoa Rica foi atestada e narrada no Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação, coordenado pela Antropóloga Kattyia Vietta.

O referido relatório tornou-se um documento legal relevante para a futura demarcação do território integral dos guarani kaiowá, visto que o artigo 3º, do Decreto 1775/1996, dispõe que o relatório é essencial ao órgão federal de assistência ao índio para efeito de demarcação (BRASIL, 1996). Assim, este será analisado especificamente no capítulo seguinte, em virtude do peso legal no processo de demarcação da terra analisada.

Os primeiros contatos com os guarani kaiowá se deram por volta do ano de 1752, quando se estabeleceu uma “Comissão de Demarcação de Limites da América Meridional”, que visava a definir a fronteira entre o Brasil e o Paraguai. Sobre os relatos deixados pela Comissão acerca dos índios, explicam os antropólogos Mura e Almeida:

Os diários da Comissão mencionam vestígios dos índios montezes, aqueles habitantes nos 'montes' (em espanhol entendido como floresta), vales e afluentes dos Rios Paraná, Iguatemi, Amambai, Dourados, Rio Brillhante, Apa; todos no MS atual. Nos diários da expedição relativos a novembro de 1754 se dizia: 'A outra nação que se conhece habitante por aqui, são os Montezes, he gente a pé, vivem em os bosques, não duvidamos, que seria sua habitação esta montanha, e assim não tínhamos suspeita deles senão quando se entrava entre os arvoredos' (s.d.; s.p.).

No ano de 1845, também houve mais registros de outra expedição organizada pelo governo federal que registrava a presença dos indígenas, “montezes”, como eram conhecidos os guarani kaiowá, próximos aos rios Vacaria e Ivinhema. Esses indígenas foram descritos como homens de lábios inferiores furados, que cobriam as partes que o pudor mandava esconder com pano de algodão grosso; os cabelos eram compridos e amarrados para trás, e falavam algumas palavras de língua guarani (ELLIOT, 1848, p. 173)²⁹.

A partir de 1848, mais uma vez, pessoas enviadas pelo Barão de Antonina percorreram toda a região do atual Mato Grosso do Sul, com o objetivo de verificar a possibilidade de abertura de uma via de comunicação entre São Paulo e Mato Grosso e também com o intuito de garantir as áreas mais férteis, em decorrência da lei de terras de 1850 (CAMPESTRINI; GUIMARÃES, 1991, p. 41).

A lei de terras de 1850 regulamentou o acesso as terras, antes regulamentadas pelo regime de sesmarias. Dessa forma, a lei terras serviu para o governo conceder títulos gratuitos a grandes nomes da economia, como o Barão de Antonina, que passou de um grande explorador territorial a um grande latifundiário. À medida que os indígenas iam sendo expulsos de suas terras, a política de aldeamento tornou-se um instrumento para que o governo liberasse cada vez mais terras ocupadas por indígenas a pessoas que fossem colonizar o referido território (VIETTA, 2011).

Em 1870, a Guerra do Paraguai foi encerrada, trazendo consequências para a sobrevivência dos grupos indígenas da região fronteira, e passou a ser um fator decisivo para a desorganização da sociedade indígena, contribuindo para a contínua expulsão dos guarani kaiowá.

Com o fim da Guerra do Paraguai, a região sul de Mato Grosso, local onde os guarani kaiowá se localizavam se tornou mais visível, e passou a ser alvo de prosperidade de vida para alguns ex-combatentes da guerra. Essa prosperidade consistia na exploração de mão de obra indígena pelos ex-combatentes (SIQUEIRA, 2007, p. 50).

Em 1872, iniciaram os trabalhos demarcatórios entre o Brasil e o Paraguai, momento em que o potencial da erva matte, nativa da região, foi percebido por Tomaz

²⁹ A respeito das expedições veja Amoroso op. cit: 53-56 e Monteiro op. cit: 22-23. A fazenda Boa Vista, de propriedade do sogro de Gabriel Francisco Lopes, localizada na altura do rio Santa Maria, foi usada como base para estas expedições (GUIMARÃES, 1992, p. 18).

Laranjeira. No ano de 1882, o decreto nº 8.799³⁰ concedeu a permissão a Tomaz Laranjeira para explorar, aproximadamente, 4,5 milhões de hectares.

A partir deste arrendamento, iniciou-se a exploração e a atividade de produção da erva-mate de forma extrativa. Como as plantas eram nativas, não houve a preocupação com sua reprodução, pois existiam em abundância.

A exploração dos ervais do ocorreram de forma predatória, sem a preocupação com a manutenção da atividade, o que levou a uma devastação das matas. Começou, então, um dos maiores monopólios de extração da erva-mate nos territórios ocupados pelas etnias guarani kaiowá que sempre faziam incursões periódicas aos ervais para se purgarem de suas moléstias, pois estes ervais faziam parte de sua cultura.

No ano de 1892, formou-se a Companhia Mate Laranjeira, que modernizou a exploração dos ervais e, em 1895, a exploração cresceu ainda mais, pois a Cia Mate Laranjeira conseguiu o arrendamento de uma área de 5.400.000 hectares, com o contrato vigente até 1916 (ARRUDA, 1989, p. 218). Com isso, a atividade ervateira foi desenvolvida até início do século XX, período em que os guarani kaiowá foram engajados como trabalhadores assalariados temporários dos ervateiros.

Ressalta-se que a empresa ofertava baixíssimos salários com duras condições de trabalho e monopolizava o fornecimento de alimentos e roupas, cujas dívidas inviabilizavam a saída dos indígenas da empresa.

Assim, o trabalho nos ervais se caracterizou como servidão, impossibilitando os indígenas de conciliar seus trabalhos de assalariado individual com sua economia coletiva realizada nas aldeias.

Esses trabalhos temporários se tornaram a fonte necessária para comunidade indígena conseguir artigos antes desconhecidos, que passaram a ser julgados importantes e necessários dentro das aldeias e em seu cotidiano. Segundo Wenceslau (1999, p. 74), a exploração da erva mate se constitui importante para os guarani kaiowá por duas razões: a primeira, de atração, pois o rendimento do trabalho permitia aos índios a aquisição de produtos, como sal, açúcar, e outros.

E a segunda, de repulsão, pois provocou o deslocamento dos índios para paragens distantes, em matas ainda disponíveis. Esse sistema começou a interferir na relação interna dessas populações, modificando as suas vidas.

³⁰ Decreto Nº 8.799, de 9 de dezembro de 1882. Disponível em : <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-8799-9-dezembro-1882-546038-publicacaooriginal-59643-pe.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

Embora a Cia Matte Larangeira inicialmente não estivesse interessada na propriedade da terra, a exploração da erva-mate e o amplo engajamento dos Kaiowá e Guaraní nesta tarefa, impôs já o deslocamento de algumas aldeias, bem como a criação de novos ajuntamentos de índios em seus acampamentos. Algumas Reservas foram criadas em função desta interferência da Cia Matte Larangeira na ocupação espacial tradicional (BRAND, 1997, p. 132).

Em 1940, o governo federal, pelo Decreto de Lei nº 3059, de 11 de fevereiro de 1941, criou as Colônias Agrícolas Nacionais³¹, destinadas ao assentamento de colonos. De acordo com Lenharo (1986), o governo Getúlio Vargas estabeleceu uma política de colonização ideológica no momento em que o povo estava unido e marchava, sob o comando do Estado, em busca de novas fronteiras.

A conquista do Oeste, conhecida como Marcha para o Oeste, significava a conexão territorial de todos os brasileiros, a união da nação. Nesse contexto, as Colônias Agrícolas Nacionais se tornaram um importante elemento da política de colonização do Estado Novo, fazendo da Colônia Agrícola Nacional de Dourados (CAND)³² um símbolo da política varguista.

Para a implementação desse projeto político e econômico durante o governo de Getúlio Vargas, parte do território guarani kaiowá foi loteado, em especial, a região de Panambi, município de Douradina, bem como outras regiões. A partir disso, a intenção do governo vigente era de conquistar definitivamente o território brasileiro, principalmente, as regiões sem a presença da economia capitalista, este projeto provocou uma invasão súbita de migrantes para a região sul de Mato Grosso.

Sendo que essa política varguista (SCHADEN, 1965, p. 123) doava terras de índios aos colonos, ignorando os diversos problemas que isso poderia causar futuramente.

A implantação da Colônia trouxe, para os guarani kaiowá, dificuldades bem diversas daquelas criadas com a Cia Matte Laranjeira. Como coloca Brand (1997), a

³¹ Decreto-Lei nº 3.059, de 14 de fevereiro de 1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3059-14-fevereiro-1941-413001-publicacaooriginal-1-pe.html> . Acesso em: 11 abr. 2020.

³² Decreto-Lei nº 5.941, de 28 de outubro de 1943 cria A Colônia Agrícola Nacional "Dourados". Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5941-28-outubro-1943-416007-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%205.941%2C%20DE%2028%20DE%20OUTUBRO%20DE%201943,Por%C3%A3%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.> Acesso em: 11 abr. 2020.

Companhia interessava-se pelos ervais nativos localizados dentro da terra indígena e pela mão de obra necessária para exploração da mesma.

A partir disso, a população guarani kaiowá confrontava-se com colonos em busca de propriedades³³. Desse modo, o conflito entre as comunidades indígenas e a CAND foi imediato (SILVA, 1982, p. 20).

A CAND atingiu parte significativa do território tradicional dos guarani kaiowá, proporcionando a desarticulação da organização social indígena, visto que os assentamentos dos colonos invadiram os territórios tradicionais³⁴. Alguns colonos

³³ Documento relativo à disputa das terras guarani kaiowá a partir da instalação da Colônia Agrícola Nacional de Dourados – CAND.

³⁴ Campo Grande, MT. Of./96 Em 17 de dezembro de 1946. Cel. Nicolau B. H. Horta Barbosa – Chefe da IR 5a Sr. Agente do P.I. “Francisco Horta”. Terras da aldeia do Panambi.

1 - Sobre o assunto da vossa comunicação, sem data, determinada pelo pedido do capitão Henrique para vir até esta sede em busca de uma solução que resguarde suas terras do Panambi, atualmente invadidas por paraguaios e outros intrusos à cata de flores de laranjeira nativa para essência; sobre que escrevestes desejar também uma orientação para saber como tratar com a ‘Colônia’, vos são enviados os seguintes esclarecimentos para governo de vossa ação:

2- O Decreto nº 10.652 de 16 de outubro de 1942 aprovou o atual Regimento do SPI onde se vê no Capítulo I -Da finalidade: art. 1º - letra b) garantir a efetividade da posse das terras ocupadas pelo índio) - utilizar os meios mais eficazes para evitar que os civilizados invadam as terras dos índios. A essa prescrição geral acrescenta-se a especialmente definida como sendo da competência dos Postos Indígenas (P.I.), art. 12: Aos P.I. compete f) garantir a efetividade da posse das terras ocupadas pelo índio, impedindo, pelos meios legais e policiais ao seu alcance, que as populações civilizadas ataquem-no ou invadam suas terras, e comunicando as autoridades os fatos dessa natureza que ocorrerem.

Diante dessas prescrições, que vos deviam ser conhecidas, estareis vendo competir-vos em primeiro lugar as providências para a defesa e tranquilidade dos índios do Panambi, ouvindo-lhes as queixas, verificando pessoalmente o fundamento delas e, finalmente, requisitando às autoridades locais o remédio necessário. Portanto deverieis proceder ou deveis si ainda não o fizestes: a-)ouvidas as queixas do índio capitão Henrique Misael, visitar a aldeia do Panambi, a fim de verificar o fundamento delas, isto é, si realmente existem os invasores paraguaios ou não, ocupados na extração de material para essência de flôr de laranjeira, ou simplesmente localizados nas terras dos índios; b-)verificada a realidade dos fatos da queixa do capitão Henrique, vos dirigireis às autoridades policiais e outras (como as da administração da Colônia e as municipais) solicitando as garantias para que as terras da aldeia sejam respeitadas, garantias essas que devem ser a retirada dos extranhos e sua detenção ou expulsão à força se não obedecerem às intimações legais das ditas autoridades -)antes mesmo disso deveis procurar os referidos extranhos e convida-los a que se retirem deixando em paz os índios, e intima-los ou mesmo detê-los com auxílio dos índios para conduzi-los á presença das autoridades policiais locais, si vos desobedecerem.

3- Somente depois de exgotados os vossos meios de ação ou fracasso das providências acima enumeradas será então que deveis relatar a esta chefia o ocorrido. Em primeiro lugar vos cabe, portanto, agir cumprindo o que é de vossa competência legal; após o que esta chefia reforçará vossa atuação no caso de ter sido insuficiente ou fracassada.

4- Eis aí atendido o vosso pedido de orientação.

5- Releva notar que o direito dos índios às terras de que têm a pösse se acha garantido pela Constituição.

Que eu conheça, e tenha assistido a posse do Panambi data de 24 anos passados; porém o cemitério indígena e as tradições autorizam acreditar-se que seja secular. E desse direito natural e secular como primitivos donos da terra não há fundamento moral nem jurídico para serem expoliados. Saúde e Fraternidade Cel. N. Barbosa CHEFE DA I.R.5. ARQUIVO JUSTIÇA FEDERAL , CAMPO GRANDE ,

deixavam os guarani kaiowá permanecerem nos fundos de seus lotes, para usufruírem da mão-de-obra indígena nas derrubadas e depois expulsá-los. E, quando isto acontecia, os índios eram colocados, de forma aleatória, pelo inspetor do Serviço de Proteção aos Índios (SPI), dentro de reservas estatais, criadas pelo governo Vargas.

Outras sete reservas foram criadas pelo SPI em outras regiões. Essas regiões escolhidas pelo SPI não tinham nada a ver com os territórios tradicionalmente ocupados pelos guarani kaiowá, mas se constituíam em um projeto do governo federal de cunho totalmente econômico e político. Objetivavam, especialmente, a liberação de terras para a colonização, mediante o confinamento dos povos indígenas.

Essa desterritorialização dos guarani kaiowá levou algumas famílias a viverem em pequenas áreas e não houve, na realidade, nenhuma preocupação com a sua organização social, nem com garantir-lhes, ao menos, que esses espaços fossem, de fato e de direito, seus.

Como explica Oliveira (1999, p. 108), “a problemática do território é central na existência dos índios, mas, também, ocupa uma posição central na definição dos padrões de sua organização social e nas suas manifestações identitárias e culturais”.

Algumas famílias conseguiram resistir à saída de suas terras e não se sujeitavam ao aldeamento. Quando retirados à força, buscavam sempre voltar para sua terra de origem, sendo vistos com maus olhos pela administração da Colônia, que os identificava como arredios e atrasados e não considerava a possibilidade desta população viver em lotes que tinham sido doados aos colonos.

E esta situação foi descrita pelo administrador da Colônia em uma carta enviada³⁵, em 1951 ao SPI. Os índios “montezes”, os guarani kaiowá, dificilmente se sujeitavam ao aldeamento e, em meados de 1950, foi noticiado que muitos estavam retornando às matas de Panambi³⁶.

BRASIL, apud VIETTA, 2007 Disponível em : https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-20122007-140921/publico/TESE_KATYA_VIETTA.pdf. Acesso em 11 de abril de 2020.

³⁵ “Estes índios dificilmente se sujeitam ao aldeamento e em meados de 1950 tive notícias de que muitos estavam retornando as matas de Panambi. É por estas razões que ousou discordar de outra solução que não seja o aldeamento nas propriedades do posto estatal e a eles destinada. Sempre viveu minha administração em paz com os indígenas de Panambi, porém, os colonos vizinhos sentem dificuldades de manter relações amistosas com eles, dada sua mentalidade e seus hábitos” (SILVA, 1982, p. 22).

³⁶ “Há várias tentativas, todas frustradas, de levar aqueles índios para o posto indígena estatal, que dista 10Km de Panambi, nunca se conseguiu faze-lo por absoluta oposição dos índios a abandonarem

Assim, iniciaram-se as pressões para que os índios se retirassem da área de Panambi Lagoa Rica, como de outras regiões. Essas pressões se baseavam na política de colonização por meio da pequena propriedade, do colono que queria a liberação da terra, e do Serviço de Proteção aos Índios, órgão subordinado do governo federal, que atendia as regras federais.

Com isso, até o ano de 1962, as tentativas de transferências dos guarani kaiowá continuavam a ser realizadas, não se tornando uma luta aberta ou armada, mas uma história de espoliação e expulsão.

Ressalta-se que algumas famílias resistiram à implantação da Colônia Agrícola, em Dourados, e conseguiram assegurar as terras tradicionais, para onde outras famílias retornaram a terra tradicional em pequenas áreas, constituindo, assim, a aldeia de Panambi Lagoa Rica, com apenas hectares 366 hectares, sendo que o total da área totaliza 12.196 hectares, como foi demonstrado inicialmente no presente capítulo.

No decorrer do processo histórico, os guarani kaiowá confrontaram-se com três frentes de ocupação de seu território; a Cia Matte Laranjeira, período em que trabalhavam nos ervais, com salários baixíssimos ou em troca de ferramentas, roupas e remédios.

Segundo alguns pesquisadores, a Companhia não estava interessada na propriedade tradicional, mas apenas na exploração dos ervais aí existentes. Entretanto, apesar do interesse não ser nas terras indígenas, torna-se inegável que a sistemática da companhia afetou a organização social da guarani kaiowá e contribuiu para a dispersão territorial.

A segunda frente de ocupação se refere à Colônia Agrícola Nacional, em Dourados, um projeto amplo de colonização oficial do governo federal, que objetivava localizar colonos em terras ocupadas por indígenas e acabava impondo o deslocamento dos indígenas, que eram considerados como empecilho para os novos planos globais de desenvolvimento econômico.

A terceira frente de ocupação, passou a ser representada pela implantação das fazendas, projetos agropecuários, que se iniciou, especialmente, a partir da década de 1950. Nessa terceira fase de ocupação do território indígena, novamente, os índios constituíram-se em mão de obra fundamental, nas derrubadas e limpeza das terras.

a terra em que nasceram e que com toda razão, consideram de sua propriedade e onde tem um dos mais velhos cemitérios de seus ascendentes” (SILVA, 1982 p. 22).

O desmatamento do território provocou, além da destruição de várias aldeias, o fim dos bichos, dos rios e das áreas de coleta de frutas e remédios. Por fim, esses povos foram expulsos de seus territórios e aleatoriamente aldeados em espaços insuficientes para a sua vida.

De acordo com Brand (1997), em entrevistas realizadas com os guarani kaiowá, verificou-se que destas três frentes de ocupação do território indígena – Cia Matte Laranjeira, a CAND e a implantação das fazendas – a implantação das fazendas foi a pior, a que trouxe maior impacto sobre a vida dos guarani kaiowá, devido à perda de seus territórios, ao esparramo das aldeias e, por fim, ao confinamento nas reservas demarcadas pelo SPI.

Lembra Brand, que o termo esparramo, utilizado por eles, significa a dispersão de famílias indígenas extensas, causando a desarticulação de sua organização social.

4.2 PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DO TERRITÓRIO PANAMBI LAGOA RICA

O processo de demarcação do território Panambi Lagoa Rica se iniciou no ano de 2005 e foi concluído no ano de 2011. O processo de demarcação se orientou pelas diretrizes normativas estabelecidas no decreto 1775/1996 e foi conduzido pela Fundação Nacional do Índio, a FUNAI.

No Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Panambi Lagoa Rica³⁷, publicado no Diário Oficial da União, no dia 12 de dezembro de 2011, demonstrou que o território de 12.196 hectares se torna necessário às atividades produtivas inerentes ao modo de vida dos guarani kaiowá.

E possui importância crucial do ponto de vista do bem-estar e das necessidades de reprodução física e cultural desse povo, segundo seus usos, costumes e tradições, fundamentando-se no artigo 231, da Constituição Federal de 1988.

Os estudos que fundamentaram o referido relatório circunstanciado se basearam em elementos objetivos de natureza etno-histórica, antropológica, ambiental, documental, cartográfica e fundiária.

³⁷ Resumo Do Relatório Circunstanciado De Identificação E Delimitação Da Terra Indígena Panambi - Lagoa Rica . Disponível em: https://www.douradosagora.com.br/base/www/douradosagora.com.br/media/attachments/93/93/4ee79cf4edd1c58a3d31f24cf2bd5995125ecf73d8124_portaria-524.pdf . Acesso em: 10 abr. 2020.

Para isso, a equipe técnica que realizou os trabalhos de campo e de gabinete seguiu as disposições legais estabelecidas na Portaria 14/1996, que regulamentou as regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas.

Dessa maneira, para o referido relatório para propiciar um regular processo demarcatório analisou-se com clareza e nitidez, os quatro elementares previstas no parágrafo 1º, do art. 231, da Constituição de 1988, que consubstanciam, em conjunto e sem exclusão do conceito de “terras tradicionalmente habitadas pelos índios”.

Conforme foi demonstrado anteriormente, as terras tradicionais são caracterizadas por quatro elementares: a) as áreas “por eles habitadas em caráter permanente”; b) as áreas “utilizadas para suas atividades produtivas”; c) as áreas “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar”; e d) as áreas “necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Diante disso, o Relatório circunstanciado de identificação e delimitação da terra Indígena Panambi Lagoa Rica que fora coordenado pela Antropóloga Katya Vietta foi dividido em sete partes, as quais objetivaram traçar o histórico de ocupação e expulsão dos indígenas guarani kaiowá de suas terras originárias.

Ressalta-se que essa divisão obedece às diretrizes legais da Portaria 14/1996³⁸, que dispõe que os relatórios circunstanciados que versem sobre a delimitação de terras indígenas devem conter sete partes. Segundo a referida portaria a primeira parte deve conter dados gerais a respeito do(s) grupo(s) indígena(s) envolvido(s): filiação cultural e linguística, eventuais migrações, censo demográfico, distribuição espacial da população e identificação dos critérios determinantes desta distribuição.

Outro elemento que compõe essa parte é a pesquisa sobre o histórico de ocupação da terra indígena de acordo com a memória do grupo étnico envolvido. Por fim, deve haver a identificação das práticas de secessão eventualmente praticadas pelo grupo e dos respectivos critérios causais, temporais e espaciais (BRASIL, 1996).

A segunda parte se refere aos dados de habitação permanente, os quais consistem na descrição da distribuição da(s) aldeia(s), com a respectiva população e localização. E na explicitação dos critérios do grupo para localização, construção e

³⁸ Portaria/FUNAI nº 14, de 09 de janeiro de 1996, BRASIL. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria14funai.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

permanência da(s) aldeia(s), bem como a área por ela(s) ocupada(s) e o tempo em que se encontra(m) a(s) atual(ais) localização(ões).

A terceira parte tem como função demonstrar as atividades produtivas da comunidade tradicional. A descrição dessas atividades produtivas desenvolvidas pelo grupo indígena, deve ser identificado, localizada e dimensionada, junto a essas informações deve haver também a descrição das características da economia desenvolvida pelo(s) grupo(s), bem como as alterações eventualmente ocorridas na economia tradicional a partir do contato com a sociedade envolvente e do modo como se processaram tais alterações.

Também é descrita as relações sócio-econômico-culturais com outros grupos indígenas e com a sociedade envolvente (BRASIL, 1996).

A quarta parte deve versar sobre o meio ambiente, sendo que essa informação se refere à identificação e à descrição das áreas imprescindíveis à preservação dos recursos necessários ao bem-estar econômico e cultural do grupo indígena. Com isso, o relatório deve explicitar as razões pelas quais tais áreas são imprescindíveis e necessárias (BRASIL, 1996). Em seguida, a quinta parte diz respeito à reprodução física e cultural do grupo indígena.

Essa informação se relaciona aos dados sobre as taxas de natalidade e mortalidade do grupo nos últimos anos, com indicação das causas (BRASIL, 1996).

Nessa parte, também é envolvida a descrição dos aspectos cosmológicos do grupo, das áreas de usos rituais, cemitérios, lugares sagrados, sítios arqueológicos, explicitando a relação de tais áreas com a situação atual e como se objetiva essa relação no caso concreto (BRASIL, 1996).

Assim, identificam-se e descrevem-se as áreas necessárias à reprodução física e cultural do grupo indígena, especificando as razões pelas quais são elas necessárias ao referido fim (BRASIL, 1996). A sexta parte é dedicada ao levantamento fundiário, que abrange quatro procedimentos.

Os procedimentos consistem nos seguintes: a) identificação e censo de eventuais ocupantes não índios; b) descrição da(s) área(s) por ele(s) ocupada(s), com a respectiva extensão, a(s) data(s) dessa(s) ocupação(ões) e a descrição da(s) benfeitoria(s) realizada(s); c) informações sobre a natureza dessa ocupação, com a identificação dos títulos de posse e/ou domínio eventualmente existentes, descrevendo sua qualificação e origem; d) informações, na hipótese de algum ocupante dispor de documento oriundo de órgão público, sobre a forma e

fundamentos relativos à expedição do documento que deverão ser obtidas junto ao órgão expedidor (BRASIL, 1996).

Por fim, a sétima parte da diretriz legal da Portaria 14/1966 são a conclusão e a delimitação, contendo a proposta de limites da área demarcada. Nesse sentido, o Relatório circunstanciado de identificação e delimitação da terra indígena Panambi Lagoa Rica, em sua primeira³⁹ parte, atestou os dados gerais da etnia guarani kaiowá.

Esses dados comprovaram que a etnia guarani kaiowá integra a família Tupi-guarani do tronco Tupi e habitam o estado de Mato Grosso do Sul, somando 46.675 pessoas, segundo a Funasa, sendo distribuídas em 33 localidades, dentre aldeias, terras indígenas, reservas e acampamentos, incidentes na porção mais ao sul do estado. Os povos falantes do guarani historicamente habitam as florestas tropicais e subtropicais da parte meridional do Brasil (regiões Sul, Sudeste, além do Mato Grosso do Sul), noroeste do Uruguai, nordeste da Argentina e sul e leste do Paraguai (VIETTA, 2011).

Segundo os dados históricos contidos na primeira parte do laudo de delimitação da terra indígena Panambi Lagoa Rica, ao longo de mais de cinco séculos, a comunidade guarani kaiowá conviveu com diferentes frentes de ocupação, responsáveis por redefinir sua territorialidade (VIETTA, 2011).

No Mato Grosso do Sul, as terras entre a margem esquerda do rio Vacaria e o sul do rio Iguatemi, eram, pelo menos até as primeiras décadas do século XVIII, densamente ocupadas pelos guarani kaiowá.

Contudo, a partir do século XIX, diferentes frentes de exploração e de ocupação levaram os guarani kaiowá a produzirem deslocamentos ocupando espaços cada vez mais exíguos. A última delas consolidou-se em meados do século XX, quando as terras banhadas pelos rios Ivinhema, Dourados e Brilhante foram alvo de projetos públicos e privados de colonização, reduzindo as terras guarani kaiowá a diminutas porções, cercadas por pequenas e grandes propriedades rurais.

A partir do final do século XVIII, a disputa pela ampliação de fronteiras levou Brasil e Paraguai a erguer pequenos fortes e núcleos populacionais ao longo do rio Paraguai. No lado brasileiro, atraídos pela oferta de terras e de gado selvagem,

³⁹ Resumo do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Panambi - Lagoa Rica. Disponível em : https://www.douradosagora.com.br/base/www/douradosagora.com.br/media/attachments/93/93/4ee79cf4edd1c58a3d31f24cf2bd5995125ecf73d8124_portaria-524.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

fazendeiros tomaram posses às margens dos rios Miranda, Aquidauana e Nioaque (1839), dando suporte a novas ocupações mais ao sul e sudeste, sobre os Campos de Vacaria – terras habitadas pelos guarani kaiowá, para a instalação de forte (1855) e colônia militar (1861) às margens dos rios Brilhante e Dourados (VIETTA, 2011).

No documento de delimitação, foi destacado que, findado o regime de sesmarias no ano de 1822, o Brasil prescindia de legislação para regulamentar o acesso à terra. Diante disso, surgiu o interesse no povoamento de regiões estratégicas para a defesa e a economia nacional, motivando o governo a conceder títulos gratuitos, transformando exploradores em grandes latifundiários.

Assim, com a intenção de localizar e vender posses, os irmãos José, Gabriel e Joaquim Francisco Lopes exploraram caminhos fluviais rumo ao rio Paraguai, promovendo a ocupação das terras entre os rios Vacaria e Brilhante (1839), onde encontraram resistência dos guarani kaiowá (VIETTA, 2011).

A concessão estatal de título gratuitos aproximou os irmãos Lopes do Barão de Antonina, fazendeiro, membro do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e senador pela província do Paraná. O Barão de Antonina recebeu apoio imperial para a criação de aldeamentos indígenas voltados à catequese e civilização.

A partir disso, nas décadas de 1850 e 1860, ao longo dos rios Tibagi e Paranapanema, eixo de comunicação entre as províncias de São Paulo, Paraná e Mato Grosso, foram criados aldeamentos guaranis kaiowá, associados a colônias militares, os quais recebiam verba destinada à defesa da fronteira.

A verba destinada à defesa da fronteira também serviu para a construção de estradas para Antonina facilitar o comércio de seu gado e obter registro de novas posses. Uma das bases do projeto de catequese e civilização, as expedições chefiadas por Joaquim Francisco Lopes e João Henrique Elliot buscavam identificar caminhos fluviais a partir do rio Paraná; localizar e registrar posses em nome do barão e atrair os guarani kaiowá para os aldeamentos (VIETTA, 2011).

Após a criação de aldeamentos indígenas criados pelo Barão de Antonina, a exploração da erva matte laranjeira favoreceu a expulsão dos guarani kaiowá das terras que ainda ocupavam. No ano de 1882, a Companhia Matte Laranjeira foi inaugurada, e, à medida que a exploração da erva matte aumentava, a invasão das terras guarani kaiowá também avançavam, assim, no ano de 1894, os arrendamentos da referida companhia atingiram 5.000.000 hectares da totalidade das terras que eram

de posse dos guarani kaiowá em território sul-mato-grossense aldeamentos (VIETTA, 2011).

Nas terras arrendadas, quem não trabalhava para a Cia Matte era considerado um intruso. Dessa forma, para criar a sua ordem, a empresa se apoiou em milícias do estado e nos comitaveiros, milícia particular orientada para deter e punir com castigos físicos e com a morte os intrusos e os trabalhadores que tentavam se libertar da escravidão por dívida por meio da fuga (VIETTA, 2011).

A repressão não impedia as fugas e a organização dos ervateiros autônomos para realizarem levantes armados desafiando o controle da terra. Diante desse cenário, a resposta do Poder Judiciário na época era a negação da titularidade da terra daqueles que contestavam a posse territorial da Companhia Erva Matte, pois as terras que os ervateiros autônomos e intrusos reclamavam eram terras arrendadas à referida companhia (VIETTA, 2011).

Destaca-se que os limites dos arrendamentos territoriais da Companhia Erva Matte não eram demarcados ou fiscalizados, pois fluuavam conforme o interesse da companhia. Dessa forma, no ano de 1902, para minimizar o poder da Companhia Erva Matte, o Presidente Getúlio Vargas criou o Território Federal de Ponta Porã, simplificando as regras para aquisição de terras.

Nesse contexto, também foi criado o Instituto do Matte, que sobretaxou o formato de produção mato-grossense; determinou cota de trabalhadores brasileiros em empresas exploradoras de concessões públicas, obrigando a Companhia Erva Matte Laranjeira substituir grande parte de seus trabalhadores paraguaios aldeamentos (VIETTA, 2011).

Entretanto, poucos dos novos contratados suportaram o rigor dos ervais, permitindo a burla da lei sob o argumento da adaptação paraguaia. Segundo a memória oral dos guarani kaiowá e a análise de documentos históricos do Serviço de Proteção ao Índio, o SPI, os trabalhadores paraguaios eram, em verdade, recrutados entre os indígenas aldeamentos (VIETTA, 2011).

Ao identificar seus trabalhadores como paraguaios, a Matte maquiava o arrendamento das terras e a utilização da mão de obra guarani kaiowá. Os documentos produzidos pelos Postos Indígenas (PIs/5ª IR5/SPI) mostram com riqueza de dados que, nos ervais, onde vigorava o regime de escravidão por dívida, o número de trabalhadores guarani kaiowá era muito superior ao de paraguaios.

E estes também demonstram que coube ao SPI agenciar parte desta mão de obra aldeamentos (VIETTA, 2011, BRASIL). Por força do indigenato e da Lei de Terras, as terras habitadas pelos guarani kaiowá não deveriam ter sido entregues a terceiros. Contudo, durante 70 anos, a empresa Companhia Erva Matte Laranjeira exerceu o controle das terras ervateiras e da população que nela habitava ou pretendia habitar.

Portanto as terras habitadas pelo guarani kaiowá foram tratadas como devolutas, ocasionando a expulsão os guarani kaiowá de suas terras tradicionais aldeamentos (VIETTA, 2011).

A partir de 1900, as terras entre os rios Vacaria e Dourados foram alvo dos novos colonizadores, apoiados em projetos públicos, dando origem aos municípios de Dourados (1935) e Rio Brilhante (1948). Os indígenas que habitavam a citada região foram convertidos em peões de fazenda ou convergiram para o Posto Indígena Francisco Horta, conhecido atualmente como Reserva de Dourados, criado em 1925. Foram diversos projetos públicos nessa localidade, porém o que mais se relacionou com os guarani kaiowá foi a construção das Linhas Telegráficas de Mato Grosso, entre os anos de 1900 a 1930, chefiada por Marechal Candido Rondon (VIETTA, 2011).

A construção dessas linhas em Mato Grosso do Sul instalou a linha no trecho Aquidauana a Bela Vista, bem como o trecho Bela Vista, Ponta Porã e Campo Grande onde os trabalhos ocorreram entre 1921 a 1927. A configuração desse projeto público telegráfico contou com a participação dos guarani kaiowá que viviam na bacia do rio Brilhante, pois segundo a memória oral dos descendentes, seus ascendentes ajudaram Rondon a instalar a linha e a construir a estrada.

E como retribuição do trabalho guarani kaiowá prestado ao empreendimento coordenado por Rondon, eles receberiam a posse de 50.000 hectares de terras para viverem segundo seus costumes (VIETTA, 2011). Motivados pela promessa de receberem a posse dessas terras, os homens guarani kaiowá jovens e adultos, trabalharam para essa Comissão, mas isso não ocorreu.

A atuação de Marechal Candido Rondo nessa região com guarani kaiowá não proporcionou benfeitorias a esses indígenas, mas gerou a expulsão ainda mais acentuada dos indígenas de suas terras tradicionais aldeamentos (VIETTA, 2011, BRASIL).

As ações de Rondon levaram à demarcação da Reserva de Dourados com 3.475 hectares. Dessa maneira, as terras que ainda eram de ocupação tradicional

foram destinadas à Colônia Municipal de Dourados, CMD, e à Colônia Agrícola Nacional de Dourados, CAND. Para a CMD, no ano de 1923, foram reservados, e regulamentados, no ano 1946, o total de 50.000 hectares.

Com isso, o governo Vargas criou 12 Colônias Agrícolas Nacionais (CANs), instaladas no interior do país, para serem polos de produção rural a se tornarem centros urbanos micro industriais em 10 anos aldeamentos (VIETTA, 2011).

Do total de doze CANs criadas por Vargas, apenas uma obteve êxito. Apesar do fracasso quase unânime do modelo criado por Vargas, a Colônia Agrícola Nacional de Dourados (CAND) prosperou, e passou a receber uma significativa atenção estatal aldeamentos (VIETTA, 2011).

Desse modo, o exemplo da referida colônia atraiu companhias privadas de colonização, originando os municípios de Bataiporã, Anaurilândia, Bataguáçu, Nova Andradina, Ivinhema e Naviraí. A CAND se dividiu em duas zonas, a primeira zona se configurou no ano de 1948, com um total de 68.000 hectares, incidindo em terras habitadas pelos guarani kaiowá (VIETTA, 2011).

A incidência da área da CAND em terras originárias levou à intervenção do Serviço de Proteção do Índio, mas não houve sucesso a intervenção do SPI para a permanência dos indígenas no referido território. Dessa forma, a CAND tentou transferi-los para o Posto Indígena Francisco Horta, porém nessa tentativa de transferência os indígenas foram apoiados por de Nicolau Bueno Horta Barbosa, chefe da IR 5/SPI, a reclamarem a sua posse territorial que a CAND queria se apossar (VIETTA, 2011).

Entretanto, o apoio de Nicolau Bueno Horta Barbosa, chefe da IR 5/SPI, foi insuficiente para impedir a invasão da CAND as terras ocupadas por indígenas. Assim, os indígenas que reclamavam a posse dos 68.000 hectares, sofreram represália, por índios aliciados por funcionários da CAND, levando à prisão de muitos guarani kaiowá.

A intervenção de Horta Barbosa, favorável aos guarani kaiowá lhe rendeu o afastamento da chefia IR 5, dando lugar a Joaquim Fausto Prado, enquanto Arnulfo Fioravante assumia o Posto Indígena Francisco Horta (VIETTA, 2011). Fausto Prado e Fioravante se reuniram com a direção da CAND para definir os procedimentos frente aos guarani kaiowá, no ano de 1948.

A partir disso, decidiram que a CAND reservaria aos índios lotes de 30 hectares onde houvesse habitações, facultando-lhes o direito de dispor deles mediante

indenização; a cessão de 500 hectares entre o rio Brilhante e o córrego Panambi para usufruto guarani kaiowá (VIETTA, 2011).

Contudo, a troca de cartas entre Fioravante e Aguirre revelou que esse acordo envolvia a cessão de benesses a ambos. José Maria da Gama Malcher, chefe do SOA/SPI, se posicionou contra o acordo e solicitou, por intermédio de Darcy Ribeiro, um parecer da SE/SPI (1949)⁴⁰. Contrariando o parecer de Darcy Ribeiro, a CAND não cedeu aos índios os 500 hectares acordados e, embora concedesse os lotes habitados, criava expedientes para reintegrá-los ao loteamento.

Ao assumir a direção do SPI (1951), Malcher tomou medidas para demarcar somente 2.000 hectares entre os córregos Panambi, Laranja Doce e o rio Brilhante, mas o impasse persistiu (VIETTA, 2011). Entre os anos 1960-70, a IR 5 e a 9ª DR/Funai tomaram providências para impedir nova expulsão dos guarani kaiowá de Panambi Lagoa Rica e, por mais três vezes, efetivar a demarcação destas terras (VIETTA, 2011).

Contudo, novamente elas não tiveram força para interferir nos rumos da CAND, do governo Vargas e daqueles que o sucederam. A proposta de transformar a CAND em um centro urbano atingiu seu objetivo. Do ponto de vista do contingente populacional e da produção econômica, Dourados rapidamente alcançou o segundo lugar no ranque estadual.

Contudo também atingiu o primeiro lugar no ranque de maior concentração populacional indígena e de pior qualidade de vida dos povos indígenas nacionalmente, triste situação extensiva ao restante da bacia do Rio Brilhante, expondo o legado conferido pelo Estado Brasileiro aos guarani kaiowá (VIETTA, 2011).

Com isso, as perdas territoriais dos guarani kaiowá se consolidaram; conseqüentemente, houve a desfragmentação de formas de organização familiar, econômica, política e social (VIETTA, 2011). Na segunda parte do Relatório de

⁴⁰ Ribeiro finaliza a sua argumentação dizendo que a CAND é tida pelos mato-grossenses como a “Instituição oficial mais promissora no seu Estado”, permitir que “esta obra de emancipação” seja feita a custa dos Kaiowá “seria um luxo de despotismo... tanto mais desumano porque partiria exatamente do órgão oficialmente responsável por sua proteção em nome da República”. Assim, convida às autoridades do Ministério da Agricultura a mostrar aos Kaiowá que eles “devem se juntar a todos os que depositam suas esperanças no sentimento de justiça e no labor patriótico da Colônia Federal de Dourados”. Relatório elaborado por Darcy Ribeiro (15.10.1949), enviado ao diretor do SPI. ARQUIVO JUSTIÇA FEDERAL apud VIETTA, 2007.

delimitação da terra indígena Panambi Lagoa Rica, analisou-se a habitação permanente dos guarani kaiowá.

Segundo, o relatório a terra indígena Panambi Lagoa Rica compõe a grande área denominada Brilhante-Peguá, e se constituiu na passagem da década de 1940-1950, em meio ao esbulho renitente concluído por meio da CAND, quando se instalaram às margens de lagoas e nascentes próximas ao córrego Panambi, ao noroeste da foz do Itaquiri, sob a liderança de Joãozinho Karape (VIETTA, 2011).

Nos anos 1950, com o fim da punição decorrente de ações contra a CAND, a família de Pedro Henrique se uniu a eles. Entre os anos 1950-70, expulsas da margem esquerda do rio Brilhante, chegaram a Panambi - Lagoa Rica as famílias de: Lício Turiba, Luís Cabreira, Manoelito Pedro, Floriano Pedro, Maria Joana Karape - filha de Joãozinho e viúva de Livino Mariano de Lima.

Com um ambiente menos exuberante, raras nascentes e um solo menos fértil, a porção norte da aldeia foi efetivamente ocupada na segunda metade dos anos 1970, quando a população passou dos 200 indivíduos e o desmatamento se estendeu por toda a sua superfície (VIETTA, 2011).

Apresentando um crescimento populacional constante, a população de Panambi Lagoa Rica se multiplicou três vezes nas últimas três décadas. À aldeia, ambos contemplados pela proposta de identificação e delimitação da TI Panambi Lagoa Rica, que reúne 12.196 hectares. As demais famílias permanecem nos exíguos 366 hectares da aldeia.

Na terceira parte, conforme asseveram as diretrizes legais da Portaria 14/1996, a relatório da terra indígena Panambi Lagoa Rica, analisou-se as atividades produtivas desenvolvidas pela comunidade tradicional. Constatou-se, há poucas roças cultivadas em Panambi Lagoa Rica, as quais não ultrapassam os 30 m², sendo que estas ali se localizam há anos, fragilizando o solo, e gerando uma baixa produtividade.

Junto a isso, ressalta-se que, nos 366 hectares onde se encontram os guarani kaiowá de Panambi Lagoa Rica, não há mais matas, matérias-primas ou animais de médio porte. Sendo que isso reforça a necessidade de delimitação dos 12.196 hectares reclamados pelos guarani kaiowá.

Visto que se houver essa delimitação total, os indígenas serão beneficiados pela existência de um meio ambiente sadio, capaz de sanar as necessidades de subsistência e produtivas necessárias a vida dos indígenas.

Os 12.196 hectares, que é a proposta de demarcação, possibilitam aos indígenas sítios de pesca em diversos trechos, e as terras próximas a ele, igualmente contempladas na presente proposta, se encontram preservadas e oferecem caça de pequeno e médio porte, mel e muitos itens vegetais, necessários a subsistência comunitária.

Destaca-se que a variedade e o refinamento das técnicas que envolvem o conjunto das atividades produtivas exercidas pelos guarani kaiowá são expressões de um apurado conhecimento ecológico. Consolidado a partir do uso antigo e continuado de seu território, porém a transmissão intergeracional dessas técnicas vem sendo restringida diante da situação de confinamento espacial, devido à limitação do acesso aos recursos ambientais utilizados para a alimentação, manufatura e práticas culturais (VIETTA, 2011).

Conforme o relatório de delimitação, parte significativa do consumo kaiowá provém de recursos obtidos mediante a venda de mão de obra, da aposentadoria e de projetos sociais mantidos pelo governo. Enquanto o trabalho como diarista nos sítios e fazendas vizinhas é escasso, sazonal e de baixa remuneração, os salários e os contratos anuais para o plantio e corte da cana oferecido pelas usinas são mais atrativos, porém deixam os trabalhadores fora da rotina da aldeia a maior parte do tempo (VIETTA, 2011).

Este quadro também conduz famílias a buscar trabalho e habitação em fazendas e a população de Panambi Lagoa Rica reconhece um expressivo número de parentes nesta situação.

Assim, a demarcação dessa terra indígena cria uma importante condição para que muitas delas façam o caminho de volta; isso pode ser dito para outras tantas famílias que, por pressões sociais ou políticas, trocaram Panambi Lagoa Rica pela Reserva de Dourados ou pela precariedade dos acampamentos (VIETTA, 2011).

Na quarta parte, o relatório dedicou-se ao meio ambiente e foi constatado que na área delimitada de 366 hectares está com a integridade ecológica comprometida. Sendo que essa degradação ecológica se dá em virtude da alteração do regime hídrico, aos altos índices de contaminação por agrotóxicos e similares.

A esses prejuízos ainda se somam a ocupação da região central da terra indígena, que está ocupada por pequenos pecuaristas. Essa ocupação tem por objetivo o arrendamento de terras para a exploração de monoculturas em larga escala,

que contribuem para a degradação ambiental, interferência nas atividades produtivas dos indígenas (VIETTA, 2011).

A quinta parte do relatório objetivou a análise da reprodução física e cultural do território Panambi Lagoa Rica. No presente exame, se constatou que o citado território apresentou um crescimento populacional constante, decorrente de um crescimento natural.

No entanto, desde a sua consolidação enquanto lugar habitado, a sua principal característica foi a condição de confinamento dos guarani kaiowá e a incapacidade de oferecer os recursos necessários para permitir a reprodução física e cultural destes índios ou a reprodução e a preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar, nos termos da Constituição Federal (VIETTA, 2011).

O reconhecimento da posse integral, os 12.196 hectares, das suas terras de habitação tradicional é essencial para a população de Panambi Lagoa Rica dispor dos recursos ambientais necessários para gerir a produção de alimentos. E acessar matérias-primas para a produção de bens materiais e recursos medicinais, dentre outros usos, permitindo que ela reencontre condições de vida mais dignas, distante da pobreza, da desnutrição, das condições precárias de trabalho (VIETTA, 2011, BRASIL).

O reconhecimento total do território traz condições mais favoráveis para que estes índios experimentem as suas formas de organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, de forma mais positiva, restabelecendo-se a autonomia territorial, social e política.

Ao recriar essas condições, também se propiciam as situações precárias nas fazendas, na periferia de centros urbanos ou em reservas demasiadamente populosas. Salienta-se que, enquanto não havia fronteiras artificiais e propriedades particulares, os Guarani Kaiowá dispunham de suas terras conforme seu interesse ou necessidades de mobilidade.

Com isso, o relatório de delimitação atestou que os guarani kaiowá desenvolveram uma relação material e imaterial com as terras ocupadas e dos recursos nelas oportunizados.

Do ponto de vista das noções cognitivas, simbólicas, cosmológicas e técnicas, percebe-se o uso antigo e continuado das terras delimitadas e das reclamadas, o vínculo indissociável destes índios com o seu território tradicional, explicitando-se a sua importância crucial para a reprodução física e cultural deste povo (VIETTA, 2011).

A sexta parte do relatório foi dedicada ao levantamento fundiário, e foi comprovado que até a década de 1940 as terras incluídas no município de Douradina eram de posse exclusiva dos guarani kaiowá, não havendo qualquer titulação anterior ao loteamento da Colônia Nacional de Dourados – CAND (1948).

Isso pode ser dito para as terras à margem esquerda do córrego Panambi, incluídas na Colônia Municipal de Dourados – CMD (1946). Como largamente comprovado, os ascendentes da população de Panambi - Lagoa Rica ocuparam estas terras de forma interrupta pelos menos desde o final do século (VIETTA, 2011). A sétima parte destinou-se à conclusão de delimitação.

O relatório – com base em elementos objetivos de natureza etno-histórica, antropológica, ambiental, documental, cartográfica e fundiária, reunidos por equipe técnica qualificada, por meio de trabalho de campo e de gabinete autorizado por Portarias expedidas pela Presidência da Funai, em conformidade com o disposto no Decreto 1775/96 – conclui que a área ocupada tradicionalmente pelo povo indígena guarani kaiowá nos municípios de Douradina e Itaporã consiste numa superfície aproximada de 12.196 hectares.

A terra indígena ora delimitada apresenta as condições ambientais necessárias às atividades produtivas desenvolvidas pelos guarani kaiowá, e tem importância crucial do ponto de vista do bem-estar e das necessidades de reprodução física e cultural deste povo, segundo seus usos, costumes e tradições, amparando-se, portanto, no artigo 231 da Constituição Federal vigente.

4.3 DECISÃO JUDICIAL QUE ANULOU A DEMARCAÇÃO DO TERRITÓRIO TRADICIONAL PANAMBI LAGOA RICA: ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTARAM A SENTENÇA

A identificação da terra indígena Panambi Lagoa Rica, localizada em Mato Grosso do Sul ocorreu no ano de 2011, por meio da publicação do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação no Diário Oficial. Contudo, no ano de 2016, a identificação da referida terra indígena foi anulada por meio de uma sentença proferida pela 1ª Vara Federal de Dourados, em Mato Grosso do Sul, com base na tese do marco temporal, bem como na tese do renitente esbulho.

A decisão, proferida pelo juiz federal Moisés Anderson Costa Rodrigues da Silva, da 1ª Vara Federal de Dourados (MS)⁴¹, declarou nulo o processo de demarcação da TI, delimitada em 2011 com a publicação dos estudos de identificação pela Fundação Nacional do Índio (Funai). A ação judicial, nº 0001665-48.2012.4.03.6002⁴², que anulou o procedimento administrativo conduzido pela Funai foi movida por Leonino Custódio Pereira.

Além da tese do marco temporal, a sentença de anulação da terra indígena também resgatou a tese do renitente esbulho⁴³, aplicada pelo ministro Teori Zavascki, no julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) que anulou a homologação da TI Limão Verde, do povo Terena, também em Mato Grosso do Sul, em março de 2015. Na decisão de Zavascki, o esbulho seria a exceção que não permitiria aplicar o marco de 5 de outubro de 1988, só deveria ser reconhecido se os indígenas estivessem em conflito efetivo ou movendo uma ação na Justiça contra os fazendeiros naquela data exata.

A tese do marco temporal surgiu em decorrência da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal. O objeto da demanda, consistia na tentativa de impugnação da Portaria nº 534/2005, do Ministro da Justiça, homologada pelo Presidente da República, em 15 de abril de 2005, que promoveu a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no estado de Roraima.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi favorável ao reconhecimento da legalidade do processo administrativo da demarcação da referida terra indígena. Contudo, o julgamento da Petição nº 3.388/RO, 2009 referente a terra Raposa Serra do Sol estabeleceu o chamado “Conteúdo Positivo do Ato de Demarcação das Terras

⁴¹ Decisão na íntegra “Sentença”. Disponível em: <file:///D:/desk/TEXTOS%20MESTRADO%20UNIVEM/Sentença.%20Autos%200001665.48.2012.pdf>
Acesso em: 9 jun. 2020.

⁴² Disponível em: <https://pje1g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=29416fb8df0eff3dbb9b458a4d920f2d21983bbb885681ec>. Acesso em: 10 mai. 2020.

⁴³ “O que se tem nessa argumentação, bem se percebe, é a constatação de que, no passado, as terras questionadas foram efetivamente ocupadas pelos índios, fato que é indiscutível. Todavia, renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. (ARE 803.462 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 9-12-2014, 2ª T, DJE de 12-2-2015). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=2052&tipo=CJ&termo=3>. Acesso em: 10 mai. 2020.

Indígenas”, que criou parâmetros para a demarcação da terra naquele caso concreto⁴⁴.

O referido conteúdo estabeleceu quatro critérios para o reconhecimento de determinada terra como terra indígena. Sendo estes: a) o marco da tradicionalidade da ocupação; b) o marco temporal da ocupação; c) o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional; e d) o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”⁴⁵. Entretanto, apenas o marco da tradicionalidade da ocupação e o marco temporal da ocupação serão objeto de análise no presente capítulo.

De acordo com o marco da tradicionalidade para que uma terra indígena possa ser considerada tradicional, as comunidades indígenas devem demonstrar o caráter de perdurabilidade de sua relação com a terra, em sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica, com o uso da terra para o exercício das tradições, costumes e subsistência (PEGORARI, 2017, p. 250). O critério do marco tradicional da ocupação estabelece que os indígenas devem preencher, basicamente dois elementos: um imaterial (espiritual, ancestral, psicológico) e outro material (da relação direta com a terra, e.g. pesca, caça, etc.).

O segundo critério cria o marco temporal da ocupação que estabelece que as terras indígenas serão aquelas nas quais houve efetiva ocupação, pelas populações indígenas, na data da promulgação da Constituição ,05 de outubro de 1988 (BRASIL, 2009, p. 295). Essa interpretação ganhou força em razão do voto do Ministro Menezes Direito, que afirmou que o verbo “ocupam” no caput do artigo 231, da CF/88, sinalizava um marco objetivo.

Segundo o ministro “as terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar, tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988” (BRASI, 2009, p. 295). A partir disso, o então relator, o Ministro Menezes

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet. 3.388. voto Min. Rel. Carlos Ayres Brito. Julgado em 24.09.2009. §78. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet3388ma.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁴⁵ O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional, que descreve a utilidade prática a que deve servir a terra tradicionalmente ocupada, ressaltando o critério da ancestralidade; o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”, quer dizer que a aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria indígena, ganha um conteúdo extensivo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet. 3.388. voto Min. Rel. Carlos Ayres Brito. Julgado em 24.09.2009. §78. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet3388ma.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Direito, concluiu que a ocupação é um fato a ser verificado, aduzindo que "terras que os índios tradicionalmente ocupam" são, desde logo, terras já ocupadas há algum tempo pelos índios no momento da promulgação da Constituição.

Essas terras teriam como pressuposto a presença e persistência dos indígenas (BRASIL, 2009, p. 300). Tendo em vista que terras eventualmente abandonadas não se prestariam à qualificação de terras indígenas, em conformidade a Súmula nº 650⁴⁶, do Supremo Tribunal Federal.

Frisa o ministro que essa presença é qualificada pela cultura e pelo *modus vivendi*, o que remete ao segundo marco, o da tradicionalidade da ocupação, indissociável do marco temporal para fins de configuração do fato indígena. Significa dizer que apenas a ocupação segundo os usos, costumes e tradições de uma dada comunidade, com perdurabilidade coincidente com a data de promulgação da CF/88, autoriza o reconhecimento do direito à terra e o processamento da sua demarcação (BRASI, 2009, p. 310).

O conceito de renitente esbulho não foi explorado no julgamento da Petição 3388, sendo desenvolvido com mais precisão pela Suprema Corte alguns no ano de 2015, no ARE 803462, recurso extraordinário com agravo no qual foi impugnada decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deixou de aplicar o marco temporal em função do renitente esbulho, declarando a irregularidade da demarcação da Terra Indígena Limão Verde do povo Terena, município de Aquidauana, Mato Grosso do Sul, homologada desde 2003.

Com base nos estudos antropológicos da FUNAI, constatou o TRF 3 que os Terena haviam perdido a posse de seu território por terem sido expulsos progressivamente por não índios, embora tenham permanecido nas imediações da Fazenda Santa Bárbara – como passou a ser denominada a região – e preservado o seu modo tradicional de vida, com a prática da caça e da coleta e a utilização dos recursos naturais da região.

Analisando as seguintes reclamações dos índios: a) missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; b) requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, por meio de ofício, naquele ano; e c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai (SOUZA PEDROSA, 2019, p. 70).

⁴⁶ Súmula 650 do STF: Os incisos I e XI do art.20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto (BRASIL, 2003)

Assim, o Supremo entendeu, todavia, que elas não caracterizavam um renitente esbulho, uma vez que foram efetivadas de forma esparsa, ao longo de várias décadas, tendo a presença indígena cessado em meados de 1953, momento bem anterior ao marco temporal.

Entretanto, em sessão do dia 9 de dezembro de 2014, deu provimento ao agravo regimental interposto contra a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário⁴⁷. Assim, o renitente esbulho é um conflito que, iniciado no passado, persiste até o marco temporal (05/10/1988), seja de maneira fática ou judicializada.

4.4 Análise crítica dos fundamentos que motivaram a anulação do território tradicional Panambi Lagoa Rica

Examinado o histórico de ocupação e expulsão dos indígenas guarani kaiowá da terra tradicional Panambi Lagoa Rica, em Mato Grosso do Sul, bem como o processo de demarcação territorial junto aos fundamentos da sentença que anulou a demarcação territorial, torna-se necessário examinar criticamente os fundamentos de motivaram a sentença⁴⁸ proferida pela 1ª Vara Federal de Dourados.

Os fundamentos foram dois: a tese do marco temporal e a tese restritiva do renitente esbulho, sendo este o elemento central do presente subcapítulo.

A avaliação crítica a essas duas teses tem como aporte a Constituição Federal de 1988 e os direitos humanos indígenas representados pela Convenção 169 da OIT,

⁴⁷ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA “LIMÃO VERDE”. ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. 2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014. 3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. 4. Agravo regimental a que se dá provimento (BRASIL. STF, 2014c, p.1-2). Disponível em : <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863936211/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-803462-ms-mato-grosso-do-sul>. Acesso em: 9 jun. 2020.

⁴⁸ Decisão na íntegra “Sentença”. Disponível em : <file:///D:/desk/TEXTOS%20MESTRADO%20UNIVEM/Sentença.%20Autos%200001665.48.2012.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2020.

na Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas e na Declaração Americana dos Direitos Indígenas, tendo em vista que a República Federativa do Brasil os ratificou.

4.4.1 A tese do marco temporal: não compatibilidade com a Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a constitucionalização dos direitos fundamentais indígenas, como foi analisado no Capítulo 2 do presente trabalho e reconheceu o direito às terras originárias no caput do artigo 231, instituindo a competência da União para demarcá-las. A constitucionalização dos direitos fundamentais indígenas rompeu o paradigma assimilacionista que negava a identidade indígena e seus direitos, como o direito territorial.

Nesse sentido, o direito às terras originárias se torna inerente à dignidade humana em relação aos indígenas. A dignidade humana em relação aos indígenas se manifesta por meio da tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra.

A noção de pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Com isso, os indígenas têm direito a viver livremente em seus próprios territórios. Uma vez que a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra é compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica (BRASIL, 2014, p. 59).

As comunidades indígenas mantêm uma relação com a terra que não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações (BRASIL, 2014, p. 60).

Dessa maneira, não há como limitar a concretização da dignidade humana a um suposto marco temporal, 5 de outubro de 1988. Visto que a Constituição de 1988 inaugurou constitucionalização dos indígenas, de modo a garantir e efetivar os direitos indígenas

A construção de um Estado Democrático de Direito, que assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, se dá com a efetivação do texto constitucional

(BRASIL, 1988). Essa efetivação, no contexto do direito às terras originárias, se dá com base no texto constitucional.

Nesse sentido, o texto constitucional assegura a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, por eles habitadas em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 1988).

Não há nenhum marco temporal estabelecido no texto constitucional. Ressaltando que, se o texto constitucional houvesse imposto um marco temporal, este poderia limitar que exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento das comunidades indígenas

O §1º, do artigo 231, da CF/88, estabelece requisitos que auxiliam a compreensão do conceito de terra tradicional: as terras tradicionais são aquelas tradicionalmente ocupadas pelos índios e por eles habitadas em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o relatório de demarcação do território Panambi Lagoa Rica demonstrou que a área de 12.196 hectares se torna imprescindível para a concretização dos quatro requisitos constitucionais. Portanto, é um território apto a ser reconhecido como tradicional. Isso pode ser corroborado pelas seguintes passagens do Relatório Circunstanciado de Delimitação, elaborado pela antropóloga Katya Vietta:

II - Segunda Parte - Habitação permanente: A aldeia Panambi - Lagoa Rica se constituiu na passagem da década de 1940-50, em meio ao esbulho renitente concluído através da CAND, quando se instalaram às margens de lagoas e nascentes próximas ao córrego Panambi, ao noroeste da foz do Itaquiri, sob a liderança de Joãozinho Karape [...].

III - Terceira Parte - Atividades produtivas: [...] assim, a demarcação desta terra indígena cria uma importante condição para que muitas delas façam o caminho de volta, o mesmo pode ser dito para outras tantas famílias que, por pressões sociais ou políticas, trocaram Panambi - Lagoa Rica pela Reserva de Dourados ou pela precariedade dos acampamentos.

V - Quinta parte - Reprodução Física e Cultural: [...] Os diferentes argumentos apresentados mostram que os guarani kaiowá acumularam um conhecimento a respeito das terras ocupadas e dos recursos nelas oportunizados e, do ponto de vista das noções cognitivas, simbólicas, cosmológicas e técnicas percebe-se o uso antigo e continuado das terras delimitadas, bem como o vínculo

indissociável destes índios com o seu território tradicional, explicitando-se a sua importância crucial para a reprodução física e cultural deste povo [...] (VIETTA, BRASIL, 2011).

Por meio dos trechos do relatório circunstanciado, é possível afirmar que a área reclamada, os 12.196 hectares se encaixam perfeitamente nos requisitos constitucionais da posse indígena. Com isso, a parte da sentença que diz inexistir posse em conformidade com o § 1º, artigo 231, não condiz com as provas contidas no relatório que comprovam que os hectares reclamados compõem a posse indígena.

Assim, embora o relatório mencione a permanência da comunidade indígena na região, ora trabalhando em fazendas, ora na construção das linhas telegráficas e da malha viária local, é certo que inexistente posse indígena qualificada pelos atributos constantes do § 1º do art. 231 da CF/88. //

É importante destacar que os preceitos constitucionais estabelecidos no artigo 231 da CF/88 não mencionam qualquer data condicionante da ocupação indígena para fins de demarcação. Assim, esse marco é exclusivamente fruto do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual estabeleceu o vocábulo "ocupam" inscrito no caput do art. 231, revelaria a intenção do constituinte de estabelecer um marco temporal de sua aplicabilidade. Entretanto, o tempo do vocábulo indica, na verdade, a existência contemporânea dos povos indígenas quando da promulgação da Carta Magna (SILVA; SOUZA FILHO, 2016, p. 79).

Ressalta-se que, quanto à demarcação, o artigo 67, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, traz o seguinte: "A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição". Assim, ao estabelecer tal lapso de cinco anos, o constituinte originário dispôs sobre o fator tempo de forma expressa, não tendo adotado a técnica quando da redação do artigo 231, o que gera a conclusão de que não o fez por não ser a finalidade impor essa limitação temporal ao ato de demarcação.

O enunciado normativo do artigo 231 prescreve que são "reconhecidos... os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam" (BRASIL, 1988). Assim, infere-se que as terras tradicionais já existiam antes da promulgação da Constituição. Caso contrário, o texto constitucional iria prescrever "são conferidos", então, sim, estaria fixando o momento de sua promulgação como marco temporal desses direitos (SILVA, 2016, p. 8).

Destaca-se que, cogitada a possibilidade de aferir um marco temporal, este seria 30 de julho de 1611, data da Carta Régia, promulgada por Felipe III, na qual houve o reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre as terras e, em sede constitucional, 16 de julho de 1934, data da promulgação da Constituição de 1934, primeira Constituição Brasileira a consagrar, em seu art. 129, o direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, consagração replicada nas Constituições seguintes, até a de 1988 (SILVA, 2016, p. 9-10).

A Constituição de 1988 é importante na continuidade desse reconhecimento constitucional, mas não é o marco, e deslocar esse marco para ela é fazer um corte na continuidade da proteção constitucional dos direitos indígenas, deixando ao desamparo milhares de índios e suas comunidades (SILVA, 2016, p. 11). Sendo isso um desrespeito às próprias regras e princípios constitucionais que dão proteção aos direitos indígenas.

Vale dizer: é contrariar o próprio sistema constitucional, que deu essa proteção continuamente (SILVA, 2016, p. 10). Portanto, a fixação do marco temporal pelo STF configura uma arbitrariedade, cujo objetivo é acabar com as disputas sobre as terras indígenas, ocasionando, ao invés do combate à usurpação dessas terras por terceiros, a cassação dos direitos dos índios sobre elas (SILVA, 2016, p. 10-11).

Diante disso, a teoria do indigenato, adotada pela Constituição Federal de 1988 (e analisada na presente pesquisa) como paradigma do reconhecimento dos direitos originários indígenas, parece estar sendo relativizada para a adoção de uma teoria do fato indígena⁴⁹. Segundo a qual reconhece apenas a ocupação segundo os usos, costumes e tradições de uma dada comunidade se houver perdurabilidade coincidente com a data de promulgação da CF/88, para possibilitar a demarcação territorial.

Com isso, é possível inferir que a tese do marco temporal é incompatível com o texto constitucional, portanto torna-se ilegítima, visto que impõe uma desproteção aos direitos fundamentais indígenas. O estabelecimento arbitrário de uma determinada data carrega o vício da anti-historicidade, e ignora o passado indigenista brasileiro e o caráter originário de seus direitos (PEGORARI, 2017, p. 255).

⁴⁹ Teoria desenvolvida pelo Ministro Menezes Direito no Julgamento Raposa Serra do Sol, que conceitua a presença dos indígenas como um fato a ser verificado, sendo que a ocupação territorial deve ser qualificada pela cultura e pelo *modus vivendi*, junto com perdurabilidade da ocupação, a qual deve ser necessariamente coincidente com a data de promulgação da CF/88, autoriza o reconhecimento do direito à terra e o processamento da sua demarcação (BRASIL. STF, 2009, p. 380).

E ainda remete às políticas normativas assimilacionistas adotadas no passado brasileiro, posicionando os indígenas em grau ainda maior de vulnerabilidade.

4.4.2 A tese do renitente esbulho: sua interpretação restritiva e a incompatibilidade com o texto constitucional de 1988

A segunda tese utilizada na anulação do procedimento administrativo da terra Panambi Lagoa Rica foi a tese do renitente esbulho, mas na sua versão mais restritiva. Como já foi argumentado, a tese do esbulho renitente foi configurada no julgamento Raposa Serra do Sol, como uma exceção à aplicabilidade do marco temporal.

Na ocasião do referido julgamento, o conceito de renitente esbulho poderia gerar a não aplicação do marco temporal. Assim, ainda que os indígenas não estivessem ocupando suas terras tradicionais no dia 05 de outubro de 1988, esta poderia ser reconhecida.

A primeira possibilidade de reconhecimento pelo renitente esbulho seria comprovando que na data a época da promulgação da atual Constituição havia conflito fundiário em decorrência da posse. E a segunda seria a existência do ajuizamento de uma ação possessória pelo território pelos indígenas (BRASIL, 2009, p. 380).

As duas possibilidades de comprovação de renitente esbulho foram configuradas no caso Raposa Serra do Sol. Entretanto, em 2015, no caso da anulação do território Limão Verde, também em Mato Grosso do Sul, surgiu a versão restritiva do renitente esbulho⁵⁰, aplicada também na anulação da terra Panambi Lagoa Rica, objeto central da presente dissertação.

O argumento elementar deste tópico é demonstrar que a tese do esbulho renitente, em sua versão restritiva, empregada no caso Limão Verde, no caso da anulação do território Panambi Lagoa Rica, é incompatível com o texto constitucional. Sendo assim, concorda-se também que a tese do renitente esbulho mais ampla criada no caso Raposa Serra do Sol também não está em consonância com os direitos constitucionais.

⁵⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Terra Indígena Limão Verde: Plenário do STF vai analisar tese do marco temporal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/terra-indigena-limao-verde-plenario-do-stf-vaianalisar-tese-do-marco-temporal>. Brasília, DF, 19 outubro 2018. Acesso em: 20 jun. 2020.

Entretanto, a análise deste subcapítulo objetiva apenas os argumentos que demonstram a incompatibilidade da versão restritiva do renitente esbulho com o texto constitucional, bem como não poderia ser utilizada como justificativa para anulação do território Panambi Lagoa Rica.

Essa interpretação restritiva do instituto do renitente esbulho se dá pela declaração que este consiste no efetivo conflito possessório que persiste até o marco temporal da promulgação da CF/88. Destacando que este deve ser materializado por circunstâncias de fato, ou por controvérsia possessória judicializada.

Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada (BRASIL, 2014, p. 1-2).

Para justificar o referido entendimento a Súmula nº 650 do STF é empregada para respaldar a posição que a Corte defende que deve ser pacificada. Visto que é um entendimento sumulado na matéria dos direitos territoriais indígenas.

Súmula 650 do STF: Os incisos I e XI do art.20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto (BRASIL, 2003).

Entretanto, ressalta-se que o emprego da citada súmula, que também foi utilizada como um dos argumentos no caso Raposa Serra do Sol, mostra-se impertinente. A impertinência da súmula se dá pelo fato desta não ser relacionada com territorialidade, mas sim com “antigos aldeamentos”, que existiram no passado e lá ficaram. Não alcança, certamente, ocupações que persistiram até o século XX e que só não prosseguiram por conta de esbulho (DUPRAT, 2015, p. 42).

Empregar essa súmula para tornar válidas situações ocorridas há um tempo relativamente curto é manter o direito refém de uma triste história de desapossamentos e de exclusões. Considerar que o território Panambi Lagoa Rica já estava desocupado a partir de 1940, portanto os guarani kaiowá não estavam em conflito efetivo ou não havia controvérsia judicializada, é ignorar que os indígenas já existiam antes do Estado brasileiro.

Assim, o texto constitucional que integra quatro elementos para reconhecer uma terra originária não é efetivado, em razão de uma interpretação que nada protege um grupo historicamente vulnerável. Dessa forma, segundo o relator do caso, ministro Teori Zavascki, os indígenas daquela área, Limão Verde, não estariam em efetivo conflito possessório ou com uma ação possessória judicializada em virtude da posse, pois haviam sido expulsos da área em 1953.

Em consonância com o citado ministro, a sentença⁵¹ que anulou o território Panambi Lagoa Rica resgatou o argumento da ausência de indígenas guarani kaiowá no território. Sendo que a ausência dos indígenas nessa área se deu pelas políticas assimilacionista que visavam liberar as terras ocupadas para os indígenas para o desenvolvimento, como foi visto na conhecida “Marcha para o Oeste”, arquitetada por Getúlio Vargas.

Nessa perspectiva, é possível inferir que o intérprete da lei no caso da anulação de Panambi Lagoa Rica fundamentou-se apenas na noção de propriedade privada inerente ao Código Civil, que tutela apenas interesses privados. Enquanto a interpretação da posse face Constituição Federal de 1988, que promove direitos coletivos, e especificamente no que tange a terras indígenas tradicionalmente ocupadas, que torna nulos os títulos de propriedade que venham sobre elas incidir não foi contemplada. Assim, segue o trecho da sentença⁵² que comprova essa interpretação civilista:

Ocorre que as requeridas não lograram comprovar qualquer esbulho ou expulsão dos indígenas por parte do autor. Na verdade, os elementos constantes dos autos demonstram que a ocupação da área por não-índios ocorreu de forma gradativa a partir da concessão de incentivos estatais para povoação e desenvolvimento da região de fronteira, muito antes da aquisição do imóvel pelo autor.

Assim, na ponderação entre os interesses envolvidos, que engloba fatores de ordem social, econômica, territorial e política, deve prevalecer a garantia da segurança nas relações sociais e na confiança que todos devem ter na atuação estatal, especialmente diante de situações consolidadas, como no caso dos autos.

⁵¹ Decisão na íntegra “Sentença”. Disponível em: <file:///C:/Users/Julia/Downloads/Senten%C3%A7a.%20Autos%200001665.48.2012.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2020.

⁵² Trecho extraído da “sentença “que anulou a demarcação do território Panambi Lagoa Rica”. Disponível em: <file:///C:/Users/Julia/Downloads/Senten%C3%A7a.%20Autos%200001665.48.2012.pdf>.

Assim, confirma-se a impressão de que há uma tendência de parte de juízes de primeiro grau a tomar o princípio do Código Civil como o justo e resguardar a propriedade privada, em nome da segurança jurídica, sem considerar a dimensão do laudo antropológico que comprova a relação dos indígenas com a referida terra.

A percepção de que a nulidade de um título de propriedade a qualquer época, em situações em que não se verifica a presença de indígenas naquele espaço territorial, por longo período de tempo, é injusta, porque eventual esbulho teria se dado no passado, e por ele não pode responder o atual proprietário.

Diante disso, a ideia de segurança jurídica deixa de lado a dimensão indígena do território revelada pelo laudo antropológico. Visto que a posse do Direito Civil não dá conta de um instituto de natureza constitucional — o território étnico-cultural —, além de favorecer apenas uma das partes do litígio, exatamente aquela que está sob a proteção do Direito Civil.

Outro elemento a ser analisado é o termo “renitente esbulho” e compreender por que não se utilizou o termo “esbulho renitente”, que é o mais comum em casos de esbulho, e também elucidar o conceito de “esbulho”. Esbulho é uma categoria civilista para dirimir questões fundiárias quando há o impedimento, a usurpação da posse ou propriedade de alguém, para o livre exercício de seu bem pelo legítimo possuidor.

Elucidado o conceito de esbulho propriamente dito, é preciso compreender o termo “renitente esbulho”, o qual posiciona a qualificadora em destaque, que é a renitência. Em consequência disso, irrogam-se os ônus sobre a renitência, impondo aos índios esbulhados a obrigação de comprovar os fatos.

Assim, infere-se que o termo “renitente esbulho” traz consigo uma distorção semântica do termo mais usual “esbulho renitente”. Assevera-se que, além de uma distorção semântica proposital, o conceito de esbulho foi empregado em um contexto que não lhe cabe. Visto que sua aplicabilidade se dá na posse civil, e, como foi demonstrado no presente trabalho, a posse indígena se difere da posse civil.

Dessa forma, tratar a reclamação de uma posse indígena com um conceito da posse civil não prospera. Nesse sentido, torna-se necessário ressaltar as palavras de José Afonso da Silva, que elucida a contradição em empregar um instituto do direito civil em relação à posse indígena:

De fato, o esbulho é um instituto do direito possessório civil, considerado o ato pelo qual o “possuidor” é privado da posse que lhe

é arrebatada pelo esbulhador. Oras, as terras dos índios são congenitamente possuídas, e sua relação com elas é de direito constitucional, pelo instituto do indigenato, e não do direito civil (SILVA, 2016, p. 12).

Mesmo que não seja possível utilizar o direito possessório civil, tendo em vista que o direito territorial indígena se trata de direito fundamental, status constitucional, este ainda não é utilizado por inteiro, pois a concepção civilista é aplicada por conveniência. Desconsidera-se a posse de boa-fé, por exemplo, instituto do direito civil que garante “a posse ao possuidor que ignora o vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa”, e a posse justa, a “que não for violenta, clandestina”.

O indigenato não se confunde com a mera posse do direito civil, uma vez que, por esse instituto, o indigenato, as terras outorgadas a particulares teriam sempre uma reserva ao direito dos índios, sendo direito congênito. Enquanto na posse civilista, o título é adquirido, um fato que depende de requisitos para sua legitimação. Assim, a posse do não índio em terra indígena não tem legitimidade, porque descumpre norma constitucional (artigo 231, § 4º e § 6º – terras indígenas são indisponíveis e inalienáveis, e posse/ocupação/domínio é nula).

A Constituição reconhece o caráter diferenciado que possui o direito territorial indígena, já que a posse é permanente e coletiva, segundo seus usos, costumes e tradições. Ademais o Código Civil brasileiro não há menção a terras indígenas, o que demonstra que esta matéria é regulada pela Constituição, que também fundamenta legislações infraconstitucionais que determinam o devido procedimento (GEDIEL, 2018, p. 119). Portanto, trata-se de posse constitucional.

Não é um conflito possessório no âmbito civil, como uma disputa entre dois indivíduos sobre quem é o legítimo possuidor da coisa. Não se trata de propriedade privada, pois a posse desta espécie envolve direitos coletivos imersos a partir do uso, costume e tradição indígena, qual seja, sua cosmovisão.

Dessa oposição entre direito coletivo e direitos individuais podem-se extrair algumas características. A primeira delas é que não se trata de soma de direitos individuais, portanto, não permite que haja direitos individuais parcelados ou fracionários dentro dele. O direito é de todos e, portanto, de um sujeito coletivo; é indivisível, imprescritível, aliás, não pertence apenas às gerações contemporâneas, mas também às futuras, como pertenceu às anteriores e ancestrais, porque o sujeito é, difusamente, toda a comunidade (SOUZA FILHO, 2018, p. 82).

Ainda se torna importante sublinhar a alegação de não haver esbulho renitente, em consonância com o posicionamento de Deborah Duprat (2018, p. 65-68), que observa regime jurídico no qual estavam submetidos os indígenas antes de 1988. O referido regime jurídico anterior a CF/88 não possibilitava aos indígenas o acesso direto ao sistema de justiça, direito reconhecido apenas em 1988, no artigo 232 do atual texto constitucional.

O acesso à justiça para os indígenas estava condicionado à manifestação dos órgãos tutelares, os quais representavam as vontades e protestos indígenas perante o Judiciário. Contudo, os órgãos tutelares como o SPI e a FUNAI tiveram eram representantes também da vontade estatal, visto que como foi demonstrado pelo relatório demarcação diversas vezes os indígenas denunciaram a invasão de suas terras ao SPI, e este nada fez em favor da comunidade indígena.

Essa atuação em desfavor dos indígenas de um órgão que, em tese, seria para a proteção dos indígenas pode ser corroborada no Relatório Figueiredo e via CPI da FUNAI de 1977 (DUPRAT, 2018, p. 65-68). O Relatório demonstrou a irregularidade de práticas de apropriação de terras indígenas e remoções forçadas, inclusive no território Panambi Lagoa Rica⁵³.

Dessa forma, no mínimo, poderia ser refutada a atuação de tais órgãos como efetivamente garantidores dos direitos indígenas, e até do regime jurídico da tutela, já que havia denúncias e investigações que comprovavam ações contra os interesses dos indígenas. Sendo assim, os indígenas não tinham possibilidade de reivindicar sua ocupação tradicional no território Panambi Lagoa Rica.

Pela via judicial, não era possível, pois possuíam incapacidade civil relativa, e os órgãos tutelares que deveriam representar suas demandas se mantinham inertes, mesmo com as solicitações formais remetidas aos órgãos (DUPRAT, 2018, p. 68-69). Com isso ignorar as iniciativas dos ofícios e cartas ao Estado citadas na íntegra nas páginas 116 e 117, não podem ser interpretadas apenas como manifestações “esparsas ao longo das décadas”, pois isso significa ignorar as inúmeras possibilidades de resistência frente a um esbulho e tomada de suas terras.

É necessário ressaltar essas manifestações os indígenas de Panambi Lagoa Rica que foram citadas, podem e devem ser configuradas como movimento de

⁵³ Relatório Figueiredo – Planilha 082, Posto 88. Disponível em: http://www.docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=MI_Arquivistico&pagfis=94203. Acesso em: 20 jun. 2020.

retomadas e persistência em relação a posse do território. Sendo que isso se fundamenta no reconhecimento constitucional da diferenciação social e da ordem social indígena.

Com isso, tornam-se manifestações aptas a serem qualificadas como provas de reivindicação de suas terras, pois narram conflitos que se configuram como movimento de resistência. Uma vez que tanto a exigência de um marco temporal, ou uma ação possessória ou de um eventual conflito na data da promulgação da Constituição de 1988 é uma exigência compatível com as leis ocidentais, com as leis daqueles que dominaram os indígenas e impuseram as políticas assimilacionista.

Nesse contexto, a postura do Poder Judiciário deveria partir de uma justa ponderação ao exigir tais requisitos das comunidades indígenas, visto que a história narra que as atrocidades cometidas pelo estado. Exigir provas incompatíveis com a organização social ou que é sabido que jamais serão configuradas pelos indígenas é ser congruente com as políticas discriminatórias realizadas ao longo da história.

O próximo subcapítulo 4.4.2 visa a analisar como as teses do marco temporal e do renitente esbulho são incompatíveis com os documentos internacionais de direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil. O documento internacional de direitos humanos utilizado como fundamento para a referida análise é majoritariamente a Convenção 169 da OIT, pois tem caráter vinculante.

Entretanto, a Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, bem como a Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas também serão utilizadas a fim de contribuir para a discussão, pois, apesar de não serem vinculantes, foram assinadas pela República Federativa do Brasil, a título de cooperarem para a defesa dos direitos humanos indígenas no ordenamento normativo pátrio.

Antes de realizar a referida discussão no subcapítulo 4.4.2, acerca das incompatibilidades das teses do marco temporal e do renitente esbulho, torna-se necessário discutir o controle de convencionalidade. Destacando que, por meio do conceito de controle de convencionalidade, será possível demonstrar como as citadas teses são inconventionais à luz dos direitos humanos indígenas.

4.4.3 O controle de Convencionalidade e a Convenção Americana de Direitos Humanos face os direitos humanos indígenas

A República Federativa do Brasil, ao se tornar um estado Democrático de Direito, estabeleceu o compromisso com a ordem internacional, tornando os direitos humanos direitos a serem protegidos e efetivados no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o direito pátrio passou a interagir cada vez mais com a ordem internacional (MAZZUOLI, 2011, p. 56).

A exemplo disso, tem-se a ratificação de diversos instrumentos de direitos humanos, destacando os direitos humanos indígenas como a Convenção 169 da OIT, bem como a Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, bem como a Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Diante desse cenário, compreender a pluralidade de ordens jurídicas é necessário visto que as ordens internacionais internalizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro devem ser compatíveis com os direitos fundamentais. Ressaltando que essa compatibilidade significa proteger a dignidade humana, pois as normas internacionais de direitos humanos recebem um tratamento diferenciado no que tange ao status normativo (PIOVESAN, 2016, p. 112).

De acordo com Ramos, a multiplicidade de normas jurídicas pode ser defendida como a “coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de consequências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas” (RAMOS, 2012, p. 500).

Para sanar essa problemática, há o controle de convencionalidade, instituto que possibilita que os tratados internacionais de direitos humanos sirvam como parâmetro de controle da produção normativa interna brasileira (BARROSO, 2016, p. 123). Portanto, o controle de convencionalidade, segundo Mazzuoli, é um mecanismo que consiste em verificar a adequação das normas produzidas internamente com os tratados internacionais de direitos humanos que estejam vigorando no país (MAZZUOLI, 2011).

O controle de convencionalidade consiste na avaliação dos atos das autoridades estatais, levando em consideração o Direito Internacional dos Direitos Humanos, enunciado em tratados e convenções internacionais (RAMIREZ; SANCHÉS, 2014).

Observa-se a conformidade dos preceitos jurídicos internos de um país com o teor das disposições normativas previstas em tratados internacionais de direitos humanos por ele ratificado e que se encontrem em vigor (CHAVES; SOUSA, 2016).

Essa teoria é denominada “duplo controle”, para que as normas internas sejam consideradas válidas eles precisam passar por dois testes: a) O controle de constitucionalidade; b) O controle de convencionalidade (RAMOS, 2012). Como consequência, aparece a chamada **dupla compatibilidade vertical material**.

As normas internas devem estar em conformidade tanto com a Constituição Federal como com os tratados internacionais de direitos humanos devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro (MARTINS; MOREIRA, 2011).

Compreendido o conceito de controle de convencionalidade, torna-se necessário analisar a Convenção Americana de Direitos Humanos, documento pertinente aos direitos humanos na América Latina. Sendo esta o instrumento essencial de direitos humanos no referido continente.

Destaca-se que os direitos humanos indígenas foram resguardados por meio desse instrumento a partir de julgamentos da Corte Americana de Direitos Humanos, Corte derivada da Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, os julgados da Corte Americana de Direitos Humanos passam a ser um instrumento para inferir a inconvenção das teses do marco temporal e do renitente esbulho, face a Convenção 169 da OIT.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, CADH, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica é o documento internacional mais relevante e efetivo de proteção aos direitos humanos no continente americano, envolvendo uma gama de direitos civis e políticos (PEGORARI, 2017, p. 255).

A CADH estabeleceu um sistema de controle e supervisão das obrigações internacionais assumidas pelos Estados-parte por intermédio de um verdadeiro Processo Internacional dos Direitos Humanos. Assim, o Estado brasileiro se vinculou às obrigações previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em de 1992.

Entretanto, destaca-se que o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte IDH não é automático, cada Estado deve espontaneamente declarar o reconhecimento da jurisdição desta Corte no momento de ratificação da Convenção ou em qualquer outro momento (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, BRASIL).

O Brasil passou por um período contraditório de seis anos, quando o Estado havia se comprometido com as obrigações internacionais previstas na CADH e, simultaneamente, não havia se manifestado sobre a aceitação de sua devida supervisão judicial.

Apenas no ano de 1998, o Brasil reconheceu, de pleno direito e sem convenção especial, a competência contenciosa obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção. Com isso, a partir de 1998, o Brasil comprometeu-se internacionalmente a respeitar e cumprir as decisões oriundas da atividade jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As consequências principais da declaração de reconhecimento da jurisdição da referida corte pelo Brasil foram as seguintes: a jurisdição contenciosa obrigatória, na qual as decisões serão sempre aptas a vincular e responsabilizar o Estado brasileiro por eventual violação de Direitos Humanos prevista na CADH e decorrentes da própria conduta do Estado, omissiva ou comissiva (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, BRASIL).

A segunda é que o Brasil deve observar e cumprir em âmbito interno os direitos humanos previstos na CADH, tais como aqueles interpretados pela Corte Interamericana. Isso significa que o Brasil deverá ter como parâmetro a ótica internacional própria da Corte quando interpretar os Direitos Humanos em âmbito interno, caso contrário, incorrerá no risco de ser responsabilizado internacionalmente.

A CADH estabeleceu obrigações para a República Federativa do Brasil, como a observância dos direitos humanos em seu ordenamento pátrio. E o controle de convencionalidade por si só estabelece essa necessidade, visto que os direitos humanos passaram a ser protegidos pela Constituição Federal de 1988.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos aprimorou sua jurisprudência na matéria de direitos dos povos indígenas e contribuiu para a configuração de novos parâmetros interpretativos para a proteção desses povos na América Latina. Observa-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos não dispõe, textualmente, de um direito à propriedade coletiva.

Esse direito é oriundo da interpretação do Direito à propriedade privada, previsto no artigo 21⁵⁴ da convenção. Em vista disso, a jurisprudência da Corte tornou-

⁵⁴ Artigo 21. Direito à propriedade privada 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de

se elementar, tornando-se um importante parâmetro normativo em relação aos direitos humanos.

O primeiro caso tradicional na jurisdição da corte foi o caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, no ano de 2001. Nesse caso, a Nicarágua foi condenada pela não demarcação das terras comunais pertencentes à Comunidade Awas Tingni⁵⁵.

A partir desse julgado, a Corte entendeu que o artigo 21 da Convenção Americana protege o direito à propriedade. Sendo que esse direito envolve o direito de todos os membros das comunidades indígenas em relação à propriedade comunal.

A Corte observou que a tradição existente entre os povos indígenas se manifesta de modo comunitário, sendo essa propriedade coletiva. A estreita relação estabelecida com a terra torna-se a base da cultura, da vida espiritual, da integridade e da sobrevivência indígena, devendo ser reconhecida e compreendida.

A relação com a terra para os povos indígenas, na perspectiva da Corte, não é meramente uma questão de posse, mas uma conjunção dos elementos material e espiritual do qual devem gozar plenamente inclusive para que seu legado cultural seja transmitido a gerações futuras (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, BRASIL).

A Corte ainda estabeleceu que o direito costumeiro destes povos deve ser considerado especialmente no que toca à desnecessidade de um título para que sua propriedade seja reconhecida (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, BRASIL). Em 2006, no caso Sawhoyamaxa vs. Paraguai⁵⁶, a violação do direito à propriedade coletiva se deu pela inefetividade do processo de solicitação do território, que não gerou resultado satisfatório.

Junto à impossibilidade de este povo acessar seu território coletivo, a situação configurou um estado de alta vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária que expôs a vida e integridade dessa comunidade ao perigo. Nesse sentido, a Corte entendeu

seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2001. Sentença de 31 de agosto. Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_por.pdf. Acesso em: 11 jun. 2020.

⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2001. 2006. Sentença de 29 de março. Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf.

que a posse produz efeitos equivalentes ao título de propriedade outorgado pelo Estado e dá o direito aos indígenas de exigí-los perante o Estado.

Nos casos em que a posse foi perdida por motivos alheios à vontade dos índios, estes continuam os proprietários de suas terras, salvo se as tenham vendido a terceiros de boa-fé. Outro entendimento sedimentado pela referida corte é sobre quando uma comunidade tradicional tenha perdido a posse involuntariamente.

Estas tenham sido vendidas a terceiros inocentes, neste caso os indígenas teriam o direito de recuperá-las ou de obter terras de igual extensão e qualidade. A Corte também definiu que a posse não é pré-requisito que condiciona a existência do direito à recuperação das terras, visto que se deve observar a relação comunitária, social, cultural e espiritual com o território pleiteado.

Em relação a eventual existência de um marco temporal para possibilitar, a Corte buscou responder se o direito de recuperação das terras tradicionais permaneceria indefinido no tempo ou encontraria nele um limite.

Nesse sentido, a Corte definiu que enquanto a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas se mantiver em relação às suas terras tradicionais, o direito a reivindicá-las permanecerá vigente. Segundo a Corte a relação entre os povos indígenas e suas terras não deve ser definida segundo um marco temporal, pois o que definirá a tradicionalidade.

Sendo que essa tradicionalidade são os laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou coleta permanente ou nômade; uso dos recursos naturais ligados a seus costumes ou qualquer outro elemento característico de sua cultura.

Por fim, a Corte ressaltou que é imprescindível observar se a relação com a terra é faticamente possível. Tendo em vista que os índios podem encontrar-se impedidos de realizar a retomada do território por causas alheias à sua vontade e que representem um obstáculo real para manter dita relação.

Assim, o direito à recuperação da terra persiste até que os impedimentos como a violência ou ameaça desapareçam. Analisado a jurisprudência da Corte Americana de Direitos Humanos, em relação ao direito a posse dos indígenas em relação as suas terras originárias com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, infere-se que as teses construídas pelo Supremo Tribunal Federal e aplicada no caso Panambi Lagoa Rica em Mato Grosso do Sul carecem de convencionalidade.

Portanto seriam inconventionais, sendo que essa inconventionalidade é acentuada quando se analisa a Convenção 169 da OIT , que será analisada no próximo subcapítulo .

4.4.4 A incompatibilidade da tese do marco temporal e do renitente esbulho com os direitos humanos indígenas ratificados em documentos internacionais pela República Federativa do Brasil

Anteriormente, a presente pesquisa analisou os direitos humanos indígenas, os quais foram incorporados ao sistema normativo pátrio. E essa incorporação decorre da proteção da dignidade humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como a adoção do princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no artigo 4º, II. E conseqüentemente pela aplicação imediata dos direitos humanos ratificados pelo ordenamento brasileiro previsto no artigo 5º §3º da CF/88.

Os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem uma visão harmônica, que visa a garantir a dignidade humana e todos aspectos relacionados a ela. Contudo, é importante ressaltar que este trabalho considera que estes são harmônicos, porém possuem distintos conceitos.

Os “direitos fundamentais” se refere a direitos reconhecidos e positivados na Constituição de um determinado Estado. Desse modo, anteriormente analisou-se as teses do marco temporal e do renitente esbulho a luz dos preceitos constitucionais, do direito fundamental as terras originárias previstas especificamente no artigo 231 da CF/88.

Enquanto os direitos humanos indígenas que é objeto desse tópico se refere aos que “direitos humanos”, direitos oriundos de documentos internacionais que reconhecem o ser humano como um ser humano. Os direitos humanos em si independentemente de vinculação com a ordem constitucional de um determinado Estado, pois são direitos universais de ordem internacional (SARLET, 2015, p. 29).

Entretanto a República Federativa do Brasil os ratificou tornando-os direitos a serem cumpridos no âmbito brasileiro, de eficácia imediata, assim como os direitos fundamentais. Dessa maneira, a Convenção 169 da OIT, a Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas tornaram-se parâmetros normativos a serem resguardados no ordenamento pátrio

Sendo parâmetros normativos a serem efetivados pelo ordenamento jurídico pátrio a presente pesquisa propõe este tópico como uma análise desses direitos humanos estabelecidos pelos citados documentos face a tese do marco temporal, e posteriormente da tese do renitente esbulho.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho como foi um marco no reconhecimento dos direitos humanos indígenas, como foi ponderado no Capítulo 4 da presente pesquisa. Desse modo, a referida convenção objetiva prevenir buscar o reconhecimento das 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” (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL, 2004).

Além da Convenção 169 da OIT que visa assegurar os direitos humanos indígenas, em destaque o direito territorial, a Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Desse modo, os documentos são consoantes na proteção dos territórios tradicionais, em razão da importância especial e coletiva que representam para as culturas e valores espirituais dos povos indígenas.

Ressalta-se que a Convenção 169 da OIT, e a Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas compõem o sistema global, no qual as Nações Unidas (ONU) são o ator principal. Enquanto a Declaração Americana Sobre o Direito dos Povos Indígenas compõe o sistema interamericano.

As construções da tese do marco temporal como do esbulho renitente infelizmente não levaram em consideração os referidos documentos internacionais. E também não buscou dialogar com a jurisprudência da Corte Americana de Direitos Humanos, a qual com base na Convenção Americana de Direitos Humanos construiu importantes parâmetros normativos em relação aos direitos humanos indígenas territoriais, vistos no subcapítulo anterior.

A ausência do diálogo do Supremo Tribunal Federal com os documentos internacionais, que asseguram os direitos humanos indígenas, evidencia a inconveniência tanto da tese do marco temporal e do renitente esbulho. Essa inconveniência reside no fato que na perspectiva dos direitos humanos não há um limite temporal para reivindicar um território tradicional, pois esse permanece enquanto durar a relação dos indígenas com o território.

Como foi analisado no subcapítulo anterior a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos compreendeu que para determinar de um território poderia ser considerado tradicional ou não, seria necessário observar a tradição existente entre os povos indígenas no que tange a forma comunitária da propriedade coletiva.

No sentido de que esta não pertence a um indivíduo exclusivamente, mas a toda a comunidade. A estreita relação que estabelecem com a terra, como base de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sobrevivência deve ser reconhecida e compreendida.

A relação com a terra para os povos indígenas, no olhar da Corte, não é meramente uma questão de posse, mas uma conjunção dos elementos material e espiritual do qual devem gozar plenamente inclusive para que seu legado cultural seja transmitido a gerações futuras.

A Corte ainda estabeleceu que o direito costumeiro destes povos deve ser considerado especialmente no que toca à desnecessidade de um título para que sua propriedade seja reconhecida, visto que são anteriores ao estado, portanto exigir um título a eles seria ilógico, pois títulos só fazem sentido a partir da conjugação burocrática do estado.

Caso semelhante aos guarani kaiowá de Panambi Lagoa Rica, pois exigir que esses estivessem ocupando o território requerido até a data da promulgação da Constituição, ou que estivessem em efetivo conflito ou possuíssem uma ação judicial é contrariar a organização social e cultural indígena, e ainda concordar com a exposição desses a vulnerabilidade .

Diante dos casos demonstrados é possível inferir que os direitos humanos em relação aos territórios indígenas não exigem nenhuma data como marco para efetivar a demarcação territorial, bem como efetivo conflito ou ação judicial. E isso se dá em razão das normas, que são claras ao delimitar que para se reconhecer uma terra como indígena leva-se em consideração a relação imaterial com a terra.

E essa relação imaterial com a terra deve ser preponderante na reivindicação do território, pois enquanto esse se manter vigente o direito de reivindicação permanecerá. Ainda que os índios se encontrarem impedidos de realizar a retomada do território por causas alheias à sua vontade. Assim, o direito à recuperação da terra persiste até que os impedimentos, como violência, ameaça, desapareçam.

A perspectiva dos direitos humanos indígenas em relação aos direitos humanos indígenas territoriais é bastante destoante sobre a dimensão, limites e parâmetros para definir e aplicar o direito à propriedade comunitária. Por meio disso, é inegável que tanto a construção da tese do marco temporal como do renitente esbulho não se pautou em um diálogo internacional.

E essa ausência de diálogo proporcionou teses restritivas a efetivação dos direitos humanos indígenas no cenário brasileiro. Sendo que isso ocasiona uma imagem negativa do país face ao ornamento internacional, visto que o respeito ao direito internacional pelos Estados é uma obrigação internacional ratificada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, os padrões interpretativos dos direitos humanos deveriam se tornar um padrão interpretativo natural das decisões ou teses construídas pelo Supremo Tribunal Federal. E esse argumento deriva da profundidade que conceito de propriedade tradicional é desenvolvida pelos documentos internacionais, respeitando a tradição coletivista da singular cosmovisão indígena em lidar com a terra.

Na legislação internacional, da Convenção 169 da OIT, da Declaração da ONU, bem como na Declaração Americana dos Direitos Indígenas os elementos ou critérios materiais e imateriais da relação com a terra, tais quais o cultural, espiritual, de sobrevivência, integridade e de relação intertemporal entre passado (gerações ancestrais) e futuro (gerações futuras) são melhores delimitados, não se reduzindo a questões temporais ou apenas de posse civil, como é na tese do marco temporal, e na tese do renitente esbulho.

E a maior contribuição que essas legislações trazem para o Supremo Tribunal Federal, é que a perda involuntária da posse e a consequente alienação da terra a terceiros de boa-fé não faz desaparecer o direito à terra ancestral. Nesses casos, as normas internacionais ratificadas pelo ordenamento jurídico enfatizam o direito a recuperação das terras indígenas, ou – se impossível sua recuperação – de obter terras iguais em extensão e qualidade.

Ainda, se desejarem, pode a comunidade obter, alternativamente, a indenização proporcional em dinheiro. Essa hipótese se aplicaria perfeitamente ao caso concreto dos guarani kaiowá de Panambi Lagoa Rica, se não fosse a tese do marco temporal e do renitente esbulho.

Estes foram expulsos de suas terras que foram ocupadas por fazendeiros, incentivados a ocuparem a área tradicional por políticas assimilacionista e violentas.

Ainda que, possivelmente ocupadas de boa-fé, conforme demonstrou o laudo da Funai, os índios guarani kaiowá sofreram coerção e violência, e foram, ao final, afastados da terra contrariamente à sua vontade.

E se os direitos humanos indígenas tivessem sido parâmetros na configuração de uma resposta do STF aos indígenas, o direito à terra iria permanecer, retirando-se assim o critério temporal e permanecendo apenas o requisito da ocupação tradicional, excluindo-se também uma visão restritiva em relação do renitente esbulho.

E ainda nessa perspectiva dos instrumentos de direitos humanos indígenas territoriais é necessário pontuar que a perda da propriedade pode afetar irremediavelmente a identidade cultural dos povos indígenas. Com isso, conclui-se que se o diálogo interjurisdicional, dos critérios sugeridos pelo Ministro Carlos Ayres Brito e revividos pelo Ministro Gilmar Mendes na tese do marco temporal ou do esbulho renitente seriam incabíveis.

Destacando também que estão em pleno desacordo com a interpretação dos direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil. Assim, empregando o controle de convencionalidade nessa conjuntura infere-se que a tese do marco temporal e do renitente esbulho são inconventionais.

Essa inconventionabilidade significa que segundo os parâmetros jurídicos internacionais, a anulação da terra Panambi Lagoa Rica contraria a Convenção 169 da OIT, a Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, bem como a Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Destaca-se que na aplicação do controle de convencionalidade na decisão de anulação do território Panambi Lagoa Rica, em Mato Grosso do Sul, os guarani kaiowá ainda têm direito às suas terras coletivas, além do direito a reivindicá-las. Assim, os direitos humanos passam por um duplo crivo e gozam de uma dupla garantia: em primeiro lugar o controle de constitucionalidade pelo STF, em segundo, o controle de convencionalidade pela Corte IDH. Caso o primeiro falhe, como observamos no caso concreto, haverá ainda um segundo controle.

Vale reiterar o ainda não mencionado artigo 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que afirma que o Brasil pugnará pela criação de um Corte Internacional de Direitos Humanos, logo, infere-se, pugnará também por acatar a sua interpretação destes direitos.

No caso Guyrároka, embora tenha passado pelo controle ou crivo realizado pela instância máxima do judiciário brasileiro, a violação dos direitos convencionais

deste povo ainda pode ser levada ao Sistema Interamericano e, conseqüentemente ser submetida ao Controle de Convencionalidade, resultando em uma quase certa condenação do Estado brasileiro pelo estabelecimento do Marco Temporal enquanto critério restritivo ao direito dos povos indígenas a suas terras

. O Estado deverá, então, adequar-se aos parâmetros da Convenção Americana, os mesmo que evitou fazer por meio de um diálogo interjurisdiccional efetivo com a Corte. Dessa forma, percebemos ainda que a realização do diálogo é, além de tudo, econômica processualmente.

CONCLUSÃO

A presente dissertação buscou analisar o direito às terras originárias face ao caso concreto Panambi Lagoa Rica dos Guarani Kaiowá, em Mato Grosso do Sul. Para realizar um estudo minucioso a respeito da temática, elaborou-se ampla pesquisa normativa.

O primeiro capítulo teve como objetivo analisar o histórico da legislação brasileira no que se refere a terras indígenas. Resgataram-se as normas imperiais que regulavam as relações indígenas, as quais ficavam a cargo dos interesses imperiais, colocando os indígenas em uma posição de vulnerabilidade, principalmente, no que tange aos seus territórios.

Após a análise das normas imperiais, passou-se ao estudo das constitucionais, relacionadas aos direitos indígenas. Como foi observado, a primeira Constituição brasileira, de 1824, não tratou de nenhum direito indígena; destaca-se a total ausência da menção dos indígenas em seu conjunto normativo.

Nesse período, as relações jurídicas as quais versavam sobre os indígenas eram normatizadas por normas infraconstitucionais anteriores à Constituição de 1824. Posteriormente, a Constituição de 1824 configurou-se a Constituição de 1891, que também não mencionou os direitos indígenas em seu texto constitucional.

Entretanto, houve uma tentativa de inserir os direitos indígenas territoriais em seu rol normativo, que foi conduzido por Auguste Comte na Assembleia Constituinte. O esforço de Comte para tentar inserir a proteção aos direitos territoriais não alcançou êxito, pois os constituintes acreditavam que os indígenas representavam um atraso para o progresso brasileiro.

No contexto da Constituição de 1891, também é preciso destacar que – além de não haver menção a qualquer direito indígena –, o artigo 64 possibilitou a usurpação dos territórios originários. Segundo o referido artigo, aos Estados pertenceriam as minas e as terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios.

As terras indígenas passaram a ser tratadas como devolutas, visto que sobre estas os Estados teriam domínio. Com isso, as porções de terras originárias que seriam interessantes aos Estados foram intencionalmente assim declaradas. Dessa forma, a conduta estatal levou os indígenas, mais uma vez, à vulnerabilidade

A Constituição de 1934 é considerada um marco na proteção dos direitos indígenas territoriais. Foi a primeira Constituição a reconhecer o direito às terras

originárias, com base no indigenato, inaugurado pelo Alvará 1680, reconhecido pelo Império como elemento fundante do direito indígena às terras originárias.

O texto constitucional, na perspectiva dos direitos territoriais, representou um avanço para a proteção das terras indígenas. Contudo, torna-se necessário pontuar que, como foi visto, o paradigma assimilacionista ou integracionista orientava as políticas normativas, a fim de incorporar os indígenas à comunhão nacional.

O paradigma assimilacionista esteve presente em todas as Constituições brasileiras até a Constituição de 1988. Uma vez que o consenso científico que vigorava na época acreditava que os indígenas representavam o estágio mais inferior da evolução social, portanto, seria necessário incorporá-los à sociedade ocidental, para que eles pudessem alcançar a evolução social e deixar seus costumes de lado.

A Constituição de 1937 repetiu o texto normativo da Constituição de 1934, não inovando ou regredindo na proteção das terras originárias. Em seguida, a Constituição de 1946 acrescentou a proteção às terras originárias, vedando sua transferência.

Tal vedação tornou-se importante, pois qualquer negócio que versasse sobre aquisição de determinada terra indígena transferida a outrem se tornaria nulo. Na esteira de um pequeno avanço na proteção dos direitos às terras originárias, a Constituição de 1967 proporcionou uma proteção maior a essas terras.

O texto constitucional de 1967 incluiu as terras indígenas entre os bens da União, assegurou aos indígenas o usufruto dos recursos naturais e todas as utilidades existentes nas terras para os indígenas. A Constituição de 1969 repetiu a proteção da Constituição de 1967 e acrescentou a nulidade dos negócios jurídicos que tinham como objeto as terras originárias.

O segundo capítulo dedicou-se à Constituição de 1988, que rompeu com o paradigma assimilacionista e inaugurou a constitucionalização dos direitos fundamentais indígenas, a qual consiste no reconhecimento de usos, costumes e tradições e, conseqüentemente, do direito à diferença.

O texto constitucional dedicou o Capítulo VIII, especificamente, aos Índios, assegurando o direito às terras originárias e o direito de ingressarem em juízo para a proteção de seus direitos. E, além de um capítulo exclusivo para os direitos indígenas, em outras partes, a Constituição assegurou os direitos fundamentais com base na identidade étnica indígena, como o direito à educação diferenciada.

A Constituição de 1988 estabeleceu a posse constitucional no que tange às terras indígenas, e também se fundamentou no instituto do Indigenato. Os requisitos

constitucionais para que determinada terra seja indígena são: habitação em caráter permanente, utilização para as atividades produtivas, imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e ser necessária à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Os requisitos constitucionais proporcionam uma leitura da posse indígena totalmente diversa da posse civil. E as diferenças foram pontualmente observadas, a exemplo cita-se o intuito da posse civil, que é utilizar a coisa para uma finalidade econômica, enquanto a posse indígena envolve elementos materiais e principalmente elementos imateriais, como a relação da comunidade com a terra.

A partir dessa previsão constitucional, infere-se que, se determinada terra estiver em conformidade com estes requisitos, sua classificação se dará como terra originária, devendo haver o procedimento administrativo contido no Decreto 1775/1996. Ressaltando que o procedimento administrativo é apenas para exteriorizar o ato administrativo de demarcar, visto que a terra originária tem como fundamento o Indigenato e não a declaração administrativa.

Observou-se que outros Decretos antecederam o Decreto 1775/1996, entretanto inferiu-se que o decreto de 1996 assegurou a o contraditório e ampla defesa aos envolvidos no processo de demarcação. E também possibilitou um estudo pormenorizado das terras indígenas por meio da incidência dos laudos antropológicos, como elemento obrigatório no processo de demarcação.

O terceiro capítulo realizou uma análise do direito às terras originárias na perspectiva dos direitos humanos. Visto que os direitos humanos possuem uma intensa influência na Constituição de 1988, vão de um compromisso até uma norma vinculante na República Federativa do Brasil.

O direito à terra indígena como direitos humanos é afirmado na Convenção 169 da OIT, na Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas e na Declaração da OEA Sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Destacando que a Convenção 169 da OIT foi ratificada pelo ordenamento jurídico brasileiro, e as duas declarações foram recepcionadas como um compromisso a ser seguido pelo ordenamento pátrio.

Sendo documentos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja como documento vinculante e compromisso a ser seguido, infere-se que tais diretrizes seriam seguidas. Estas consistiam na defesa do direito às terras originárias, por meio

de decisões judiciais que a assegurassem, visto que essa proteção se daria no plano dos direitos fundamentais e no plano dos direitos humanos.

No quarto capítulo, analisou-se – de modo específico – o caso da terra originária Panambi Lagoa Rica, dos Guarani Kaiowá em Mato Grosso do Sul. Analisou-se a sentença judicial oriunda da 1ª Vara Federal de Dourados, do ano de 2016, que empregou a tese do marco temporal e a tese restritiva do renitente esbulho para determinar que a terra Panambi Lagoa Rica não seria originária.

Segundo os subcapítulos 4.4.1 e 4.4.2, é possível inferir que tanto a tese do marco temporal como do renitente esbulho não se mostram compatíveis ao direito fundamental as terras originárias previsto na Constituição de 1988. E também contrárias aos direitos humanos indígenas previstos na Convenção 169 da OIT, na Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas e da Declaração da OEA.

E ainda analisou como essas duas teses empregadas para anular o procedimento demarcatório da terra Panambi Lagoa Rica seriam tidas como inconventionais à luz do controle de convencionalidade. Com isso, conclui-se que o direito às terras originárias contido na Constituição de 1988, e em diversos documentos de direitos humanos ratificados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tornam-se insuficientes para assegurar aos indígenas a posse de suas terras.

Diversos documentos históricos emitidos por órgão oficiais foram considerados provas insuficientes para a comprovação de que a terra Panambi Lagoa Rica, dos guarani kaiowá era, de fato, originária. A sentença, ao negar a comprovação de que Panambi Lagoa Rica é terra tradicional, não apenas usurpa direitos fundamentais e direitos humanos, mas ignora o eterno conflito que mata os mais vulneráveis e ainda nega a história brasileira.

Analisou-se que o texto constitucional estabelece os seguintes requisitos para a comprovação que determinado território é tradicional, sendo estes: terras tradicionalmente ocupadas em caráter permanente pelos indígenas; terras utilizadas para suas atividades produtivas; aquelas 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.

A partir dessa leitura constitucional infere-se que não há nenhuma menção constitucional a qualquer período para haver o reconhecimento de terras indígenas, como exige a tese do marco temporal. E também não há qualquer previsão que diz respeito a necessidade de existir alguma controvérsia judicial ou controvérsia de fato

a época da Constituição Federal de 1988 para que fosse possível o reconhecimento de território tradicional.

Sendo assim tanto a tese do marco temporal como do esbulho renitente apenas retificam a resistência das primeiras instancias em reconhecer os direitos indígenas, tanto fundamentais como direitos humanos. Levando as comunidades indígenas a não terem a Justiça que tanto almejam e os direitos que tanto as normas asseveram.

Enquanto isso os indígenas guarani kaiowa que necessitam do Território Panambi Lagoa Rica , em Mato Grosso do Sul para sua existência material e imaterial se veem a margem de direitos . E mais uma vez se deparam como a ratificação do esbulho territorial , dessa vez não mais por um Governo , mas sim pelo Judiciário

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ALMEIDA, Alisson da Cunha *et al.* Demarcação de Terras Indígenas. **Revista da AGU**, n. 12, 2006. Disponível em: https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/JoseMoiraSilvaNeto/DemarcacaoRevdaAGUn112006.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. **Direito ao Desenvolvimento de Comunidades Indígenas no Brasil**. 2009. 761 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 1998.

ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=644-vol14povos-indigenas-pdf&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 12 jan. 2020.

ARAÚJO, Ana Valéria; LEITÃO, Sérgio. Direitos Indígenas: avanços e impasses pós-1988. *In*: SOUZA LIMA, Antônio Carlos; BARROSO-HOFFMANN, Maria. **Além da Tutela**: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED, 2002.

ARRUDA, Gilmar. **Frutos da terra**: os trabalhadores da Matte Larangeira. Assis, 1989. 234 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual Paulista, Assis, 1989.

ARRUDA, Gilmar. Heródoto. **Ciclo da erva-mate em Mato Grosso do Sul 1883-1947**. Campo Grande: Instituto Euvaldo Lodi, 1986. (Série Histórica Coletânea).

ARRUDA, Rinaldo. Territórios Indígenas no Brasil: aspectos jurídicos e socioculturais. *In*: SOUZA LIMA, Antônio Carlos; BARROSO-HOFFMANN, Maria. **Além da Tutela**: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED, 2002.

ARRUDA, Rinaldo; DIEGUES, Antônio Carlos S.V. (orgs). **Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.

BALDI, César Augusto. **Aprender desde o Sul**: Novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

BARBOSA, Marco Antônio. **Autodeterminação**: direito à diferença. São Paulo: FAPESP, 2001.

BARBOSA, Marco Antônio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição e tratados internacionais: Alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. *In*: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (coords.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BASTOS LOPES, Danielle. O direito dos índios no Brasil: a trajetória dos grupos indígenas nas constituições do país. **Espaço Ameríndio** (UFRGS), v. 8, n. 1, 2014.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Povos indígenas e cidadania: "inscrições" constitucionais como marcadores sociais da diferença na América Latina. **Revista de Antropologia**, p. 715-744, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BICALHO, Poliene Soares dos Santos. **Protagonismo Indígena no Brasil: Movimento, Cidadania e Direitos (1970-2009)**. 2010. 468 f. Tese (Doutorado em História) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

BIGIO, Elias dos Santos. A ação indigenista brasileira sob a influência militar e da Nova República (1967-1990). **Revista de Estudos e Pesquisas**, v. 4, n. 2, p. 13-93, 2007.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 20 de janeiro de 2020.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 21 jan. 2020 .

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto legislativo nº 20, de 1965**. Aprova as Convenções de nºs. 21, 22, 91, 93, 94, 97, 103, 104, 105, 106 e 107 e rejeita a de nº 90, adotadas pela Conferência-Geral da Organização Internacional do Trabalho. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-20-30-abril-1965-349517-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854**. Manda executar a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM1318.htm. Acesso em: 10 dez. 2019 .

BRASIL. **Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996**. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 22, de 4 de fevereiro de 1991**. Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0022.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928**. Regula a situação dos índios nascidos no território nacional. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2019]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5484-27-junho-1928-562434-publicacaooriginal-86456-pl.html>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 736, de 6 de abril de 1936**. Aprova, em caráter provisório, o Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2019]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-736-6-abril-1936-472619-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 set. 2019 .

BRASIL. **Decreto nº 76.999, de 8 de janeiro de 1976**. Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-76999-8-janeiro-1976-425608-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910**. Crêa o Serviço de Protecção aos Indios e Localização de Trabalhadores Nacionaes e approva o respectivo regulamento. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D8072.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 88.118, de 23 de fevereiro de 1983**. Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-88118-23-fevereiro-1983-438548-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 94.946, de 23 de setembro de 1987**. Regulamenta o item I, do artigo 17, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-94946-23-setembro-1987-445273-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. **Lei de 7 de novembro de 1831**. Declara livres todos os escravos vindos de fôra do Imperio, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850**. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967**. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5371.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça (MJ). **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas**. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível

em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por7.pdf> . Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Ministério Público Federal (MPF)**. Demarcação de Terras Indígenas. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/fases-do-processo-de-demarcacao-de-terras-indigenas>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Nota Técnica nº 008/2016 da Associação Nacional de Procuradores da República**. Disponível em: https://documentacao.socioambiental.org/noticias/anexo_noticia/39162_20161219_095839.PDF. Acesso em: 11 jan. 2020.

BRASIL. **Portaria nº 14/MJ, de 09/01/1996**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria14funai.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1993.

CAMPETRINI, Hidelbrando; GUIMARÃES, Acyr V. **História de Mato Grosso do Sul**. Campo Grande/Brasília, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. "Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI". In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). **Desafios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007. p. 207-321.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; PEREIRA, Antonio Celso Alves (coords.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 61, n. 1, p. 87-113, abr. 2016.

COSTA, Francisco Augusto Pereira da. **Anais Pernambucanos**. Recife: FUNDARPE, 1983.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de índio e comunidades indígenas. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos *et al.* (orgs.). **Sociedades indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos**. Florianópolis: UFSC, 1985.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios como tema do pensamento social no Brasil. In: BOTELHO, André Botelho; SCHWARCZ, Lilia Moritz (orgs.). **Agenda brasileira**.

Temas de uma sociedade em mudança. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Os índios no direito brasileiro hoje. *In*: CUNHA, Manoela Carneiro da. **Os direitos do índio, ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Parecer sobre critérios de identidade étnica**. *In*: CURSO de Direito Indigenista. São Paulo: Boletim Jurídico, Comissão Pró-índio, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: 2004. p. 190-191.

DREMISKI, João Luiz; LINI, Priscila. A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho. *In*: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar. (org.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. *In*: VERDUM, Ricardo (org.). **Constituições e reformas políticas na América Latina**. Brasília: INESC, 2009. p. 9-62.

FERREIRA, Elaine Freitas Fernandes. **Análise comparativa sob a perspectiva de gadamer da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Mayagna Awas Tingni: direito ao acesso às terras indígenas**. 2016. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário do Pará, Belém, 2016.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista Ius**, v. 5, n. 28, p. 123-159, 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; SÁNCHEZ, Julieta Morales. El Control de Convencionalidad: Construcciones y dilemas. *In*: CRUZ, Gerardo Eto (coord). **Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú**. Tomo II. Lima: Centro de Estudios Constitucionais, 2014.

GARFIELD, Seth. As raízes de uma planta que hoje é o Brasil: os índios e o Estado-Nação na era Vargas. **Revista brasileira de História**, v. 20, n. 39, p. 13-36, 2000.

GARZÓN, Bivianny Rojas; VALLE, Raul Silva Telles do. **Aplicação da Convenção 169 da OIT. Brasil e Colômbia: resultados diferentes para realidades semelhantes.** *In: Povos Indígenas no Brasil. 2001-2005.* São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

GOIO, Octávio Carlos Peso. Análise da Conceituação Legal de Tratado Internacional. **Cadernos Jurídicos**, 2011. Disponível em: <http://www.salesianocampinas.com.br/unisal/downloads/09UNI159a172.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2020.

GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil.** 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1991.

GOMES, Orlando. **Direitos reais.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (org.). **Índios no Brasil.** São Paulo: Global Editora, 2005.

HENKIN, Louis *et al.* **Human rights.** New York: New York Foundation Press, 2000.

HENKIN, Louis; HARGROVE, John Lawrence (orgs.). **Human rights: an agenda for the next century.** Washington. 1994.

IKAWA, Daniele. Direito dos povos indígenas. *In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniele; PIOVESAN, Flávia (coords.). Igualdade, diferença e direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Coleção Os Pensadores).

LACERDA, Rosane. A participação indígena no processo constituinte. **Caderno Constituição & Democracia**, n. 20, 2008.

LACERDA, Rosane. **Os povos indígenas e a Constituinte (1987-1988).** Brasília: Ed. do Cimi, 2008.

LAGO, Anna Elizabeth. O ideal de liberdade no século XVIII: A política de Sebastião de Carvalho e a resistência indígena em Pernambuco. **CLIO. Revista de Pesquisa Histórica**, n. 25-2, p. 215-48, 2007.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento. *In: SANTILLI, Juliana (org.). Os direitos indígenas e a Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena: a declaração em juízo. *In: SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a Constituição.* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. Sobre indigenismo, autoritarismo e nacionalidade: considerações sobre a constituição dos discursos e a prática de proteção fraternal

no Brasil. *In*: OLIVEIRA, João Pacheco de (org.). **Sociedades indígenas e indigenismo no Brasil**. Rio de Janeiro: UFRJ/Marco Zero, 2006.

LIMA, E. V. D. **Estatuto do Índio**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 168-183, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A contribuição da teoria multiculturalista para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros**. Disponível em: www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_maria_lopes.pdf. Acesso em: 30 nov. 2019.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, 2004.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

MAIA, Luciano Mariz. Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios. *In*: OLIVEIRA, João Pacheco; MURA, Fábio; SILVA, Alexandre Barbosa da. (orgs.). **Laudos antropológicos em perspectiva**. Aba Publicações, 2015.

MARÉS, Theo. Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. *In*: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Terras Indígenas**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

MARQUES, Julia Ribeiro. **A Constituição Federal E O Direito Dos Povos Indígenas À Terra: Uma Análise Da Decisão Do Supremo Tribunal Federal Sobre A Demarcação Da Terra Indígena Raposa Serra Do Sol**. 2012. 32 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

MARTINEZ COBO, José. **Estudios del problema de la discriminación contra poblaciones indígenas**. Conclusiones, propuestas y recomendaciones. Nova York, Nações Unidas, 1987.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Convenções da OIT**. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito Internacional da Integração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENCK, José Theodoro Mascarenhas. O problema indígena perante o ordenamento jurídico das Américas. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, v. 22, p. 93-139, 1991.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. Edição Fac-Similar. São Paulo: Typ; Hennies Irmãos, 1912.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Terra Indígena Limão Verde**: Plenário do STF vai analisar tese do marco temporal. Brasília, DF: 19 de outubro de 2018. Disponível em: www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/terra-indigena-limao-verde-plenario-do-stf-vaianalisar-tese-do-marco-temporal. Acesso em: 20 jun. 2020.

MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. A demarcação da Terra indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. *In*: MIRAS, Julia Trujillo *et al.* (org.) **Macunaíma Grita!** Terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

MURA, Fábio; ALMEIDA, Rubem F. Thomaz de. **Resumo do Relatório de Revisão de Delimitação e Identificação da Terra Indígena Yvy Katu** (Revisão de Limites da T.I. Porto Lindo/Jakarey). Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/GND00051.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

NAUD, Leda Maria Cardoso (org.). Documentos sobre o índio brasileiro (1500-1822) - 1ª Parte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 1970. (Seção Arquivo Histórico).

NAUD, Leda Maria Cardoso (org.). Documentos sobre o índio brasileiro (1500-1822) – 2ª Parte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 1971. (Seção Arquivo Histórico).

NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

OEA. **Declaração Americana Sobre Os Direitos Dos Povos Indígenas**. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 28 fev. 2020.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. **Ensaio em Antropologia Histórica**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

OLIVEIRA SOBRINHO. Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria. O Decreto Legislativo n.º 5 484, de 1928. *In*: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 1992.

OLIVEIRA, João Pacheco de. **Terras indígenas no Brasil**. Boletim do Museu Nacional, 1983. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Livros/Politica-indigenista->

leste-e-nordeste-brasileiros/Politica_Indigenista_Leste_e_Nordeste_Brasileiros.pdf. Acesso em: 20 mai. 2020.

OLIVEIRA, Odete Maria de; BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós; GIACHIN, Isadora e Sá. Protagonismo de luta indigenista e a construção dos direitos humanos dos povos indígenas. **Revista direito e justiça: reflexões sociojurídicas**, v. 19, n. 33, p. 55-84, 2019.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf . Acesso em: 28 fev. 2020.

ORUE, Jose Balñaki Arregi. **La diplomacia indígena en las relaciones internacionales 1992-2007: Pueblos indígenas como actores emergentes en relaciones internacionales del siglo XXI**. Editorial Académica Española, 2011. Printed in the U.S.A.

PEDROSA, Allanis Dimitria De Oliveira E Souza. **Nossa história não começa em 1988: uma análise do caso da terra indígena Raposa Serra Do Sol**. 2019. 84 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

PEREIRA, Deborah Duprat de B. O Estado Pluriétnico. *In*: LIMA, Antônio Carlos de Souza, BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.). **Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contracapa, 2002.

PEREIRA, Deborah Duprat de Britto. **O Direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade**. Constituições Nacionais e Povos Indígenas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/83433>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1988.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Terras indígenas na legislação colonial. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 107-120, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº. 1 de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. t. VI.

RABELO, Paulo. **A dignidade da pessoa humana pelo olhar indígena e a consolidação da igualdade material**. Disponível em: file:///C:/Users/Julia/Downloads/9_A%20dignidade%20da%20pessoa%20humana%20pelo%20olhar%20indigena%20e%20a%20consolidacao%20da%20igualdade%20material.pdf. Acesso em: 18 jan. 2020.

RAMOS, Alcida Rita. **Nações dentro da nação: um desencontro de ideologias**. Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Antropologia, 1993. Série Antropologia n 147. Disponível em: <http://dan.unb.br/images/doc/Serie147empdf.pdf> . Acesso em: 30 mar. 2020.

RAMOS, Alcida Rita. **Os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil**. Desafios aos direitos humanos no Brasil contemporâneo. Brasília: CAPES/Verbena, p. 65-87, 2011.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

RAMOS, André Ramos. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, p. 497-524, 2012.

SCHADEN, Egon. Aculturação indígena: Ensaio sobre fatores e tendências da mudança cultural de tribos índias em contacto com o mundo dos brancos. **Revista de antropologia**, p. 3-315, 1965.

SCHADEN, Egon. **Aspectos fundamentais da cultura guarani**. São Paulo: Pedagógica/USP, 1974.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. 14. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SEITENFUS, Ricardo. **Textos Fundamentais do Direito das Relações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Joana Fernandes. **Os Kaiowá e a ideologia dos projetos econômicos**. Campinas. 1982. 146 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre Marco Temporal e Renitente Esbulho**. São Paulo, 2016. Disponível em: https://mobilizacaoindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonsomarco-temporal_.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVEIRA, Fátia Lanat. **Tradições e Propriedade da Terra em Processos de Demarcação de Terras Indígenas**. Disponível em: www.maxwell.vrac.puc-rio.br/25152/25152.pdf. Acesso em: 18 nov. 2019.

SIQUEIRA, Eranir Martins. **O Serviço de Proteção aos Índios e as Políticas de Desenvolvimento na Reserva Kaiowá e Guarani no Posto Indígena Benjamin Constant, 1940-1960**. 2007. 76 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Local) – Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Alguns pontos sobre os povos indígenas e o direito. *In*: SANTOS, Sílvio Coelho dos (org.). **O índio perante o direito**. Florianópolis: UFSC, 1982.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1999.

THOMAS, George. **Política indigenista portuguesa no Brasil: 1500-1640**. São Paulo: Loyola, ano.

VERDUM, Ricardo. **Etnodesenvolvimento: nova / velha utopia do indigenismo**. 2006. 200 f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

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

WENCESLAU, Marina Evaristo. **O índio kaiowá e a comunidade dos brancos**. São Paulo. 1990. Dissertação (Mestrado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

Anexo I – Sentença Panambi Lagoa Rica, auto nº 0001665-48.2012.4.03.6002



PODER JUDICIÁRIO
2ª Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul
1ª Vara Federal de Dourados/MS
Autos nº 0001665-48.2012.4.03.6002

495
BRP

O pedido de tutela de urgência foi indeferido pela decisão de fls. 96-97; na mesma ocasião, foram rejeitadas a preliminar e a prejudicial de mérito arguidas, determinada a impugnação à contestação e, após, a abertura de vista ao MPF para manifestação.

Sobreveio a interposição de embargos de declaração pelo autor (fls. 100-106), os quais foram rejeitados pela decisão de fls. 108-110. Inconformado, o autor apresentou novos embargos de declaração (fls. 113-121), novamente rejeitados pela decisão de fl. 123, a qual, reconhecendo o caráter protelatório do recurso, condenou o embargante ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa.

Contra essa decisão o autor se insurgiu por meio de agravo de instrumento (fls. 126-140), que teve negado seguimento pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 153-156).

Determinada a especificação de provas, as rés nada requereram (fls. 141 e 144). A parte autora, por sua vez, já havia pugnado pelo julgamento antecipado da lide (fl. 121).

O MPF, embora intimado, não apresentou manifestação (fl. 142-v).

Decisão de fl. 164 converteu o julgamento em diligência para determinar a juntada aos autos de cópia integral do procedimento administrativo objeto de discussão judicial, o que foi cumprido pelas rés às fls. 171-488.

Manifestações do autor às fls. 147-152; 158-163 e 166-170 reiterando os fatos alegados na inicial.

Às fls. 490-493 o autor acrescenta incumbir ao proprietário – e não à FUNAI – a realização de demarcação de posse particular, com fundamento no art. 569, I, do NCPC.

Vieram os autos conclusos. É o relatório. **Sentencio.**

II – FUNDAMENTAÇÃO

O feito comporta julgamento antecipado, uma vez que os pontos controvertidos não demandam dilação probatória, nos termos do art. 355, I do CPC.

3



e prevalecer o direito indígena; a ausência de nulidade do procedimento de demarcação
Assinado eletronicamente por: ARIANE SOUZA SILVA - 31/10/2019 11:35:32

Assin:

<http://pje2g.trf3.jus.br:80/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=1910152349170000000102493400>
r: ARIANE SOUZA SILVA - 31/10/2019 11:35:32

<http://pje2g.trf3.jus.br:80/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=1910152349170000000102493400>





PODER JUDICIÁRIO
2ª Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul
1ª Vara Federal de Dourados/MS
Autos nº 0001663-48.2012.403.6002

496
BDF

século XIX, diferentes frentes de exploração e de ocupação levaram estes Kaiowa a produzir deslocamentos ocupando espaços cada vez mais exíguos. A última delas consolidou-se em meados do século XX, quando as terras banhadas pelos rios Ivinhema, Dourados e Brilhante foram alvo de projetos públicos e privados de colonização, reduzindo as terras kaiowa a diminutas porções, cercadas por pequenas e grandes propriedades rurais" (fl. 450 – original sem destaques).

—
pela c

admi

intitu

imem

intere

origir

art. 2.

*"As terras de Ka'aguirusu foram destinadas à Colônia Municipal de Dourados – CMD e à Colônia Agrícola Nacional de Dourados – CAND. (...) O rápido desenvolvimento da colônia levou à criação do município de Itaporã (1953). O governo Vargas criou 12 Colônias Agrícolas Nacionais – CANs (1941), instaladas no interior do país, tidas como polos de produção rural a se tornarem centros urbanos micro-industriais em 10 anos. Quase todas elas fracassaram, mas, ao render alguma projeção ao governo federal, a Colônia Agrícola Nacional de Dourados recebeu significativa atenção. (...) **Hoje, nas terras entregues à CAND estão os municípios de Dourados, Douradina, Fátima do Sul, Jateí, Glória de Dourados e Deodápolis.** (...) (fl. 451 – original sem destaques).*

*"Até a década de 1940 as terras incluídas no município de Douradina eram de posse exclusiva dos Kaiowa, não havendo qualquer titulação anterior ao loteamento da Colônia Nacional de Dourados – CAND (1948). O mesmo pode ser dito para as terras à margem esquerda do córrego Panambi, incluídas na Colônia Municipal de Dourados – CMD (1946). (...) **Douradina e Itaporã, municípios que abrigam as terras delimitadas para a TI Panambi – Lagoa Rica estão entre as quase duas dezenas de municípios localizados ao longo das bacias dos rios Brilhante e Dourados que surgiram e se consolidaram a partir dos projetos de colonização criados ou apoiados pelo Estado.**" (fl. 453 – original sem destaques).*

Assim, embora o relatório mencione a permanência da comunidade indígena na região, ora trabalhando em fazendas, ora na construção das linhas telegráficas e da malha viária local, é certo que inexistente posse indígena qualificada pelos atributos constantes do § 1º do art. 231 da CF/88.

delim

histó:

docu:

e ime

Primeiro, porque sua permanência restou desvirtuada das finalidades insculpidas na norma constitucional (atividades produtivas, preservação dos recursos ambientais, reprodução física e cultural). Segundo, porque no marco temporal objetivamente fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso "Raposa Serra do Sol" (Pet. n.º 3.388), já não havia habitação em caráter permanente por parte dos indígenas na região, conforme explicitado no relatório.

5



Assinado eletronicamente por: ARIANE SOUZA SILVA - 31/10/2019 11:35:32

*"No Mato Grosso do Sul, as terras entre a margem esquerda do rio Vacaria e o sul do rio Ivinhema eram, até as primeiras décadas do século XX, predominantemente habitadas pelos Kaiowa e Guarani, sendo as bacias dos rios Vacaria e Brilhante predominantemente habitadas pelos primeiros. **Especialmente a partir do***

4



Assinado eletronicamente por: ARIANE SOUZA SILVA - 31/10/2019 11:35:32

<http://pje2g.trf3.jus.br:80/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=1910152349170000000102493400>



PODER JUDICIÁRIO
2ª Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul
1ª Vara Federal de Dourados/MS
Autos nº 0001665-18.2012.403.6002

Naquele julgamento, o STF estipulou uma série de fundamentos e salvaguardas institucionais relativos à demarcação de terras indígenas, os quais, embora não sejam vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário, possuem força persuasiva e merecem adequada atenção. Dentre esses fundamentos, destaca-se a fixação da data da promulgação da CF/88, isto é, 05/10/1988, como marco temporal insubstituível para o reconhecimento dos direitos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Segundo assentado no voto do Ministro Carlos Ayres Britto:

1 – o marco temporal da ocupação. Aqui é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação da área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. (STF. Pet. 3.388-4/RR. Rel. Min. Carlos Britto. J. 19/03/2009) – Original sem destaque.

Conforme colacionado acima, é cristalino que o marco temporal a ser adotado é o dia 05/10/1988, data da promulgação da Constituição Federal, admitindo-se apenas a ressalva do renitente esbulho. Veja-se:

“Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada”. (ARE 803462 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014).

Em complemento ao marco temporal, fixou-se o marco da tradicionalidade da ocupação, segundo o qual deve haver a efetiva relação dos índios com a terra que ocupam; no entanto, essa aferição somente é realizada quando constatada a presença do primeiro, o que, como visto, não é o caso dos autos. Isso porque os documentos acostados às fls. 38-41 e 51-52 demonstram que o autor adquiriu o imóvel matriculado sob o n.º 9.272 no CRI de Dourados

Assinado eletronicamente por: ARIANE SOUZA SILVA - 31/10/2019 11:35:32

6



<http://pje2.trf3.jus.br:80/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=1910152349170000000102493400>



PODER JUDICIÁRIO
2ª Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul
1ª Vara Federal de Dourados/MS
Autos nº 0001667-48.2012.403.6002

496
BDF

século XIX, diferentes frentes de exploração e de ocupação levaram estes Kaiowa a produzir deslocamentos ocupando espaços cada vez mais exíguos. A última delas consolidou-se em meados do século XX, quando as terras banhadas pelos rios Ivinhema, Dourados e Brilhante foram alvo de projetos públicos e privados de colonização, reduzindo as terras kaiowa a diminutas porções, cercadas por pequenas e grandes propriedades rurais" (fl. 450 – original sem destaques).

"As terras de Ka'aguirusu foram destinadas à Colônia Municipal de Dourados – CMD e à Colônia Agrícola Nacional de Dourados – CAND (...). O rápido desenvolvimento da colônia levou à criação do município de Itaporã (1953). O governo Vargas criou 12 Colônias Agrícolas Nacionais – CANs (1941), instaladas no interior do país, tidas como polos de produção rural a se tornarem centros urbanos micro-industriais em 10 anos. Quase todas elas fracassaram, mas, ao render alguma projeção ao governo federal, a Colônia Agrícola Nacional de Dourados recebeu significativa atenção. (...) Hoje, nas terras entregues à CAND estão os municípios de Dourados, Douradina, Fátima do Sul, Jatei, Glória de Dourados e Deodápolis. (...)" (fl. 451 – original sem destaques).

"Até a década de 1940 as terras incluídas no município de Douradina eram de posse exclusiva dos Kaiowa, não havendo qualquer titulação anterior ao loteamento da Colônia Nacional de Dourados – CAND (1948). O mesmo pode ser dito para as terras à margem esquerda do córrego Panambi, incluídas na Colônia Municipal de Dourados – CMD (1946). (...) Douradina e Itaporã, municípios que abrigam as terras delimitadas para a TI Panambi – Lagoa Rica estão entre as quase duas dezenas de municípios localizados ao longo das bacias dos rios Brilhante e Dourados que surgiram e se consolidaram a partir dos projetos de colonização criados ou apoiados pelo Estado." (fl. 453 – original sem destaques).

Assim, embora o relatório mencione a permanência da comunidade indígena na região, ora trabalhando em fazendas, ora na construção das linhas telegráficas e da malha viária local, é certo que inexistente posse indígena qualificada pelos atributos constantes do § 1º do art. 231 da CF/88.

Primeiro, porque sua permanência restou desvirtuada das finalidades insculpidas na norma constitucional (atividades produtivas, preservação dos recursos ambientais, reprodução física e cultural). Segundo, porque no marco temporal objetivamente fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso "Raposa Serra do Sol" (Pet. n.º 3.388), já não havia habitação em caráter permanente por parte dos indígenas na região, conforme explicitado no relatório.





PODER JUDICIÁRIO
2ª Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul
1ª Vara Federal de Dourados/MS
Autos nº 0001665-48.2012.403.6002

497
BSP

(parte integrante da área demarcada) de forma legítima, em 1º/03/1984, mantendo sobre ele atividade produtiva, o que reforça o fato de que na data da promulgação da CF/88 os indígenas não exerciam posse sobre a área.

Por outro lado, o marco temporal fixado pelo STJ deve ser visto com ressalvas, devendo-se perquirir se a descontinuidade da posse decorre de atos de expropriação territorial praticados por não-indios.

Nesse passo, tem-se que, para fazer jus à demarcação da terra, a comunidade indígena tem que demonstrar, entre outros aspectos, que, em 05/10/1988: (i) ocupava o determinado espaço geográfico, ou, (ii) estava em renitente esbulho – ou seja, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persistia até o marco demarcatório temporal, que não se confunde com ocupação passada ou com desocupação forçada ocorrida no passado. Tais as hipóteses fáticas para a incidência da norma.

Ocorre que as requeridas não lograram comprovar qualquer esbulho ou expulsão dos indígenas por parte do autor. Na verdade, os elementos constantes dos autos demonstram que a ocupação da área por não-indios ocorreu de forma gradativa a partir da concessão de incentivos estatais para povoação e desenvolvimento da região de fronteira, muito antes da aquisição do imóvel pelo autor.

Assim, na ponderação entre os interesses envolvidos, que engloba fatores de ordem social, econômica, territorial e política, deve prevalecer a garantia da segurança nas relações sociais e na confiança que todos devem ter na atuação estatal, especialmente diante de situações consolidadas, como no caso dos autos.

Logo, forçoso reconhecer a ausência dos pressupostos indispensáveis para a caracterização da terra como indígena.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo **PROCEDENTE A DEMANDA**, para acolher o pedido vindicado na inicial.





PODER JUDICIÁRIO
 2ª Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul
 1ª Vara Federal de Dourados/MS
 Autos nº 0001665-48.2012.403.6002

Declaro a nulidade do processo administrativo FUNAI/BSB/08620.026980/11, responsável pela demarcação da TI Panambi – Lagoa Rica, resolvendo o mérito do processo, nos termos do art. 487, I do CPC.

Condeno as rés ao pagamento das custas e honorários de sucumbência fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I e § 4º, III do CPC.

Sentença sujeita a reexame necessário (art. 496, I do CPC).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oportunamente, arquivem-se os autos.

Dourados, MS,

30 SET 2016

Moisés Anderson Costa Rodrigues da Silva

Juiz Federal

