

OS DIREITOS TERRITORIAIS DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

THE TERRITORIAL RIGHTS OF THE INDIGENOUS PEOPLES OF BRAZIL THE LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Agnelo Fabiano Prado da Silva*

RESUMO

O objetivo geral do presente artigo é descrever os direitos dos povos indígenas no Brasil, especialmente os territoriais, sob a ótica da Constituição Federal de 1988. Os objetivos específicos são demonstrar quais são os direitos dos povos tradicionais na perspectiva da Constituição Cidadã para, em seguida, tratar da questão das demarcações de terras indígenas e como se dá o processo administrativo para tal; por fim, analisar um caso de acesso à terra indígena via prestação jurisdicional, processo nº 0001228-46.2008.403.6002, em trâmite na Justiça Federal de Mato Grosso do Sul (Dourados), que trata de pedido para reintegração de posse onde uma comunidade indígena ocupa parte da reserva legal de uma fazenda e o proprietário (que possui o título de propriedade) pugna pela saída dos indígenas do local, sendo o processo julgado improcedente (em primeira instância e ainda não transitado em julgado) concedendo a manutenção de posse aos índios sob o argumento central do renitente esbulho. Trata-se de pesquisa bibliográfica, com aporte em livros, artigos, periódicos, leis, decretos e jurisprudências.

Palavras-chave: Direito. Povos indígenas. Constituição Federal. Demarcação de terra.

ABSTRACT

The general objective of this article is to describe the rights of indigenous peoples in Brazil, especially territorial ones, from the point of view of the Federal Constitution of 1988. The specific objectives are to demonstrate the rights of traditional peoples in the perspective of the Citizen Constitution, to deal with the question of the demarcation of indigenous lands and how the administrative process for it is given; Finally, to analyze a case of access to indigenous land through a judicial proceeding, case No. 0001228-46.2008.403.6002, which is being processed by the Federal Court of Mato Grosso do Sul (Dourados), which deals with the application for repossession where an indigenous community occupies part of the legal reserve of a farm and the owner (who owns the property title) contends for the indigenous people leaving the place, and the proceeding is dismissed (in the first instance and not yet passed) by granting the Indians the central argument of the unwillingness. It is a bibliographical research, with contributions in books, articles, periodicals, laws, decrees and jurisprudence.

Keywords: Law. Indian people. Federal Constitution. Demarcation of land.

* Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada - URI, Campus de Santo Ângelo, RS; Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada - URI, Campus de Frederico Westphalen, RS; Procurador Jurídico do Município de Vicente Dutra, RS; Advogado. Endereço eletrônico: agnelofabiano@hotmail.com

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No que tange aos direitos indígenas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, abordar-se-ão os direitos especiais dos índios pelo seu estado autóctone, especialmente os direitos dos índios à terra, observando os objetivos propostos com o presente trabalho, devido ao grande número de normas aplicáveis à espécie. Não serão abordados, por exemplo, os direitos e garantias fundamentais, previstos no título II da Constituição, sendo os clássicos direitos de defesa do cidadão contra o poder do Estado e conferidos a todos, incluídos os indígenas.

O Estado brasileiro enfrenta diversos desafios com relação a garantia dos direitos e deveres dos indígenas como integrantes de coletividades enquanto cidadãos brasileiros e a garantia do exercício da cidadania indígena, bem como a efetividade nas demarcações de suas terras. A Constituição Brasileira de 1988 trouxe significativo avanço quanto aos direitos dos povos tradicionais, principalmente quanto à positivação de direitos, onde no artigo 231 é reconhecido o direito às terras que tradicionalmente ocupam, cabendo à União demarcá-las (BRASIL, 1988).

Quanto ao procedimento administrativo para demarcação das terras indígenas tem-se que o mesmo é regulado pelo Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996, combinado com o Estatuto do Índio, Portaria MJ 14/96, que estabelece regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas, e a Portaria MJ 2498/2011, a qual regulamenta a participação dos entes federados no âmbito do processo administrativo de demarcação de terras indígenas (BRASIL, 1996).

Esta pesquisa tem como objetivo geral fazer uma descrição dos direitos dos povos indígenas no Brasil a luz da Constituição Federal de 1988, em especial os territoriais. Como objetivos específicos a intenção é demonstrar os direitos dos indígenas sob a ótica da Carta Magna Brasileira para, em seguida, tratar da questão das demarcações de terras e como se dá o processo administrativo; por fim, é realizado estudo de um caso concreto referente a prestação jurisdicional e o acesso a terra indígena que fora julgado pelo processo nº 0001228-46.2008.403.6002, junto a Justiça Federal de Dourados/MS, que trata de um processo possessório (reintegração de posse) onde uma comunidade indígena ocupa parte da reserva

legal de uma fazenda e o proprietário (que possui o título de propriedade) pugna pela saída dos índios, ocorrendo o julgamento de improcedência (em primeira instância e ainda não transitado em julgado) restando declarado a posse tradicional indígena com a fundamentação, em síntese, do renitente esbulho em desfavor dos povos tradicionais (BRASIL, 2008). A pesquisa se deu de forma bibliográfica, em livros artigos, periódicos, leis, decretos e jurisprudências.

2 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Neste item abordar-se-ão os direitos indígenas na Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo os direitos especiais dos índios pelo seu estado autóctone, especialmente os direitos dos índios à terra, observando os objetivos propostos nesta pesquisa, por uma questão metodológica e devido ao grande número de normas aplicáveis. Importante deixar claro que “direitos territoriais” é tratado aqui na perspectiva de “terra indígena” e possui cunho étnico-cultural e não político (território detentor soberania e direitos internacionais).

A Constituição – que se encontra vigente por 30 anos - marcou o fim da ditadura militar brasileira (1964-1985) e instituiu um Estado Democrático de Direito, conforme previsto em seu preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, [...]” (BRASIL, 1988). Essa Constituição, também conhecida como “Cidadã”, trouxe inúmeras inovações, concepções e objetivos constitucionais, também aos povos tradicionais.

Com escopo de compreender um pouco de que forma ocorreu a formação dos direitos dos indígenas na Constituição, é importante que façamos alguns apontamentos do que ocorreu na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Segundo Kayser, a população indígena dependeu de uma representação totalmente indireta na Constituinte eis que não possuía nenhum representante direto (Deputado ou Senador indígena), mesmo tendo direito ao voto direto e indireto. Varias organizações indígenas como não indígenas, assim como instituições religiosas, antropológicas e sindicais se uniram em prol de um programa mínimo dos direitos dos índios (KAYSER, 2010, p. 189).

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

O programa abrangia o reconhecimento do direito dos povos indígenas à terra; a demarcação e garantia das terras indígenas; o uso exclusivo pelos índios das riquezas da superfície e do subsolo que se encontram nessas terras; a transferência de núcleos habitacionais dos pobres sem-terra, que vivem ilegalmente em terras indígenas, sob condições dignas e justas, para evitar novas invasões; e o reconhecimento e respeito em relação às organizações sociais e culturais dos povos indígenas. Muitos *Lobbies* (grupos de pressão) não indígenas atuaram fortemente na limitação dos direitos territoriais dos índios, especialmente de grupos econômicos interessados na exploração de matérias primas e recursos naturais em suas áreas, alegando, em síntese, risco ao desenvolvimento do País e à segurança nacional (KAYSER, 2010, p. 189/202). Para Boaventura de Souza Santos:

Os sistemas jurídicos constitucionais, antes fechados ao reconhecimento da pluriculturalidade e multiétnica, foram reconhecendo, um a um, que os países do continente têm uma variada formação étnica e cultural, e que cada grupo humano que esteja organizado segundo sua cultura e viva segundo a sua tradição, em conformidade com a natureza da qual participa, tem direito à opção de seu próprio desenvolvimento. Estes novos direitos têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada. Não são fruto de uma relação jurídica, mas apenas uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais. Isto quer dizer que os direitos coletivos não nascem de uma relação jurídica determinada, mas de uma realidade, como pertencer a um povo ou formar um grupo que necessita ou deseja ar puro, água, florestas e marcos culturais preservados, ou ainda garantias para viver em sociedade, como trabalho, moradia e certeza da qualidade dos bens adquiridos (SANTOS, 2003, p. 94-95).

Depois de muitos debates, discussões e apresentações de projetos substitutivos, em 02/09/1988, foi aprovado o texto definitivo da Constituição pelo Congresso Nacional, restando promulgada em 05/10/1988 (KAYSER, 2010, p. 202). Pela primeira vez na história das Constituições Brasileiras foi dedicado um capítulo exclusivo aos direitos dos indígenas, sendo o Capítulo VIII (Dos Índios), do Título VIII (Da Ordem Social), artigos 231 e 232 da Constituição Federal, que seguem colacionados:

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

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

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

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

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

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (BRASIL, 1988).

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. Restou reconhecida a cultura indígena pelo legislador, impondo à União o dever de proteção. Isso demonstra que vivemos em um país multicultural, onde o índio tem o direito de ser índio e ser sujeito de direitos e obrigações enquanto cidadão brasileiro, não devendo, para isso, ser integrado à comunhão nacional.

No que tange a configuração do direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam devem existir cumulativamente quatro pressupostos: seja habitada em caráter permanente; seja utilizada para as atividades produtivas; seja necessária para a manutenção dos recursos ambientais necessários ao bem-estar e para a reprodução física e cultural. Esses pressupostos devem ser definidos segundo os seus usos, costumes e tradições. A ocupação tradicional não diz respeito ao componente temporal (utilização por determinado período de tempo), mas sim ao modo tradicional com que possuem e utilizam a terra de acordo com sua cultura, tendo a terra significado não apenas de sobrevivência física, mas também de sobrevivência cultural, ligada à fé e aos conhecimentos indígenas, diferenciando-se da posse do direito civil (KAYSER, 2010, p. 231-235).

VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

Foi garantida aos indígenas a posse permanente das terras, o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes. Posse permanente devido ao fato de atribuir a propriedade das terras indígenas à União, consoante previsto no artigo 20, XI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Sobre o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas, vejamos que só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, sendo necessário ouvir as comunidades afetadas e assegurar a participação nos resultados da lavra.

As terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis, sendo vedada a remoção dos grupos indígenas, salvo, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população ou no interesse da soberania do País, mediante referendo do Congresso Nacional e garantido o retorno imediato, após a cessação do risco, consoante análise dos artigos colacionados supra.

São nulos e extintos, sem produzir efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção do direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Houve a concessão da legitimidade processual ativa aos indígenas, suas comunidades e organizações, para a defesa de seus direitos, devendo o Ministério Público intervir em todos os atos do processo. Trata-se de mais uma inovação da atual Constituição, eis que nenhuma precedente havia previsto tal direito (KAYSER, 2010, p. 263).

Constata-se a adoção da teoria do indigenato de uma forma um pouco modificada, uma vez que não restou a propriedade da terra ao índio, mas sim à União, garantindo ao indígena seu direito de posse permanente. Para Kayser, o indigenato:

[...] inclui o reconhecimento da propriedade dos indígenas à terra que se encontra em sua posse. De acordo com essa noção jurídica, os direitos dos índios à terra que eles tradicionalmente habitam são fundamentados pelo fato de que os índios são os “senhores originários e naturais da terra”. Seus direitos à terra são direitos “inatos”, enquanto que os direitos de outros simplesmente são direitos “adquiridos”. Como os

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

direitos congênitos dos índios à terra já existiam quando o Estado ainda não existia, o Estado não pode “conceder” aos índios esses direitos, mas apenas “reconhecer” sua existência (KAYSER, 2010, p. 236).

Por essa teoria reconhece-se aos indígenas o direito à terra eis que nela já se encontravam antes mesmo da própria existência do Estado, por meio da imemorialidade indígena para posse tradicional. Quanto aos demais (não indígenas), ocorre a concessão do direito e não seu reconhecimento como anterior proprietário da terra. Vejamos que o § 6º do artigo 231 da Constituição prevê serem nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, os quais não produzem efeitos jurídicos, inclusive sem direito a indenização pela terra propriamente dita.

3 O PROCEDIMENTO PARA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Quando da chegada dos europeus ao continente Americano os povos tradicionais – indígenas - eram os que habitavam também o território brasileiro. Estes povos foram considerados pelos colonizadores seres inferiores e sem cultura, sendo vítimas de várias atrocidades quando do processo colonizador da América como um todo. Escravidão, homicídios, expulsão de suas terras e a dissipação de sua cultura, por meio de políticas estatais de colonização para expansão das atividades agrícolas e pecuárias, além da homogeneização cultural com a tentativa de criar uma identidade nacional única, são alguns exemplos.

O Brasil teve um processo civilizador árduo e difícil, sendo o povo indígena vítima de discriminações e injustiças de todo gênero, tendo seu evoluir marcado por desastres, humilhações e desrespeitos quanto a sua condição de ser humano, tanto que eram tidos como animais selvagens, sem alma, pelos exploradores que aqui aportaram. A terra e as riquezas produzidas foram, na origem, o principal motivo dos massacres, genocídios e desrespeito à condição de seres humanos (DORNELLES, 2017, p. 19-20).

A teoria do multiculturalismo e da identidade cultural busca reconhecer as individualidades de cada grupo social como legítimos titulares de direitos humanos, dignidade e cidadania, respeitando a diversidade cultural. A causa indígena busca nada mais nada menos que o reconhecimento de sua cultura, língua, crenças, tradições e as demarcações das terras que tradicionalmente ocupam.

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

O direito dos índios à terra não depende de demarcação, segundo alguns autores, tendo em vista que resulta direta e imediatamente da própria Constituição, que se dá através da ocupação tradicional. Dalmo de Abreu Dallari assim preceitua:

[...] a demarcação não gera o direito nem é indispensável para que ele seja reconhecido, mas, como a prática tem demonstrado sobejamente, a falta de demarcação torna incerto os limites da ocupação indígena ou, o que acontece com frequência, facilita o uso do pretexto da ignorância de se tratar de terra indígena [...] (DALLARI, 2000, p. 32 *apud* SCHNEIDER, 2015, p. 64-65).

A demarcação seria apenas uma forma de delimitar o espaço territorial em que se dá a ocupação tradicional, facilitando a proteção por parte da União, mas que não é indispensável para gerar o direito, eis que possui natureza meramente declaratória e não constitutiva. O artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição em vigor dispõe que as demarcações de terras indígenas deveriam ser concluídas até cinco anos após a promulgação da Constituição (BRASIL, 1988). Como a promulgação ocorreu em 05 de outubro de 1988 as demarcações deveriam ser concluídas até 05 de outubro de 1993. Entretanto, esse prazo não é considerado decadencial, tornando tal dispositivo obsoleto.

No Brasil existem diversas demarcações de terras indígenas, criando-se novas áreas ou expandindo áreas já demarcadas, sendo palco de muitos conflitos entre proprietários (regstral) e indígenas, inclusive com óbitos de ambos os lados. Sobre a criação de novas áreas ou expansão das já demarcadas o Supremo Tribunal Federal - STF decidiu na Ação Popular (Pet 3388/RR-RORAIMA), referente ao caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que os índios deveriam estar ocupando de forma tradicional a terra quando da promulgação da Constituição Federal para o reconhecimento do direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam (BRASIL, 2009). Isso ficou conhecido como “marco temporal” para averiguação da posse tradicional.

Pelos dados da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), existem atualmente 467 terras indígenas regularizadas no Brasil, com superfície de 105.748.432,0000 hectares, as quais representam mais de 12% do território nacional (BRASIL, 2016). Para demarcação administrativa é necessário instauração do procedimento pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI a fim de reconhecer o direito à terra. Como deve ocorrer este procedimento é o que será analisado abaixo.

VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

O procedimento administrativo para demarcação de terra indígena é regulamentado pelo Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996, combinado com o Estatuto do Índio, Portaria MJ 14/96, que estabelece regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas, e a Portaria MJ 2498/2011, a qual regulamenta a participação dos entes federados no âmbito do processo administrativo de demarcação de terras indígenas. As etapas do processo demarcatório disciplinadas no artigo 2º desse Decreto ocorrem da seguinte forma:

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.

§ 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.

§ 2º O levantamento fundiário de que trata o parágrafo anterior, será realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio.

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

§ 4º O grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo.

§ 5º No prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação.

§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

§ 9º Nos sessenta dias subseqüentes ao encerramento do prazo de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas.

§ 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).

Ou seja, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI é o órgão estatal responsável pela demarcação das terras indígenas, possuindo incumbência da iniciativa e orientação dos processos demarcatórios, consoante artigo 1º do Decreto (BRASIL, 1996). Percebe-se do artigo supracitado que o procedimento é composto por diversas fases. Inicialmente, ocorre a elaboração do estudo antropológico, identificando a terra que está de posse tradicional dos indígenas. Após o estudo, é designado um grupo técnico especializado para a realização de estudos complementares etno-históricos, sociológicos, jurídicos, cartográficos e ambientais, além de levantamento fundiário da área. Depois, é elaborado relatório com a descrição dos limites da área a ser demarcada.

Após a aprovação do relatório, pelo titular da FUNAI, é publicado um resumo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do Estado onde está localizada a área, sendo afixado, também, na sede da prefeitura local. Depois da publicação, é oportunizado o contraditório, podendo qualquer interessado apresentar impugnações e provas. Em seguida, o Ministro da Justiça declara a portaria com os limites da área e determina a demarcação; pode baixar o processo em diligência para cumprimento em 90 dias; ou, desaprova a identificação com decisão fundamentada.

Quando da existência de ocupantes não indígenas na área a ser demarcada, o órgão fundiário federal deverá dar prioridade ao respectivo reassentamento, de acordo com o levantamento efetuado pelo grupo técnico, consoante o artigo 4º. A demarcação da área deve ser homologada por Decreto do Presidente da República, nos termos do artigo 5º. No prazo de 30 dias, a contar da homologação, deve ser promovido o registro junto ao cartório imobiliário competente e à Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, atendendo ao disposto no artigo 6º. A FUNAI poderá disciplinar o ingresso e trânsito de terceiros nas áreas

VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

em que é constatada a presença de índios isolados, bem como tomar as providências necessárias à proteção aos índios, conforme artigo 7º (BRASIL 1996).

O que possui papel relevante e fundamental no processo é o laudo antropológico elaborado através dos estudos de identificação e delimitação da área. É a base de sustentação de todo o procedimento, ou seja, quem vai caracterizar a ocupação tradicional dos indígenas de acordo com seus usos, costumes e tradições, subsidiando a legitimidade da demanda indígena. Surgem questões controversas quanto o laudo técnico, até mesmo entre os antropólogos, quanto à imparcialidade/parcialidade do profissional que o elabora. Para Kujawa, “[...] De um lado os que expressam que, na tarefa de elaboração dos laudos, os antropólogos devem transformar-se em instrumento de visibilização e defesa dos interesses indígenas, buscando traduzir em linguagem técnica os desejos destes grupos tradicionais” (KUJAWA, 2014, p. 93). Esse é o posicionamento dos profissionais que defendem a parcialidade dos laudos em favor dos povos tradicionais.

De outro lado, estão os que defendem que o laudo se constitui em “[...] peças que teriam seus resultados previamente definidos em escritórios, transformando a pesquisa apenas em compilação de argumentos, justificativas e no máximo na indicação de contornos e limites das áreas demarcadas [...]”, segundo o entendimento do mesmo autor (KUJAWA, 2014, p. 93). Com a parcialidade a área indígena é definida antes mesmo da elaboração do laudo, o qual se torna apenas o documento hábil para a comprovação da ocupação indígena. Mesmo essa corrente alertando sobre esse risco, percebe-se que ambas concordam que existe parcialidade na elaboração dos laudos antropológicos. Não é difícil constatar isso na prática, tendo em vista a inexistência de laudos desfavoráveis aos povos indígenas.

O contraditório é outro ponto controvertido, que se dá com relação ao tempo previsto para apresentação da defesa pelos interessados. Os índios participam do procedimento em todas as fases, colaborando e fornecendo todas as informações necessárias para a comprovação da ocupação. Os interessados tem apenas o prazo de até 90 dias, após a publicação, para apresentar defesa e instruída com as provas necessárias. Em que pese o dispositivo prever que os interessados poderão se manifestar desde o início do processo, somente terão acesso ao laudo após a publicação, tornando o prazo em 90 dias. Tal prazo não é suficiente para a elaboração de uma peça defensiva a altura do procedimento demarcatório

de terra indígena, devido à complexidade da causa, especialmente, com relação à produção das provas.

4 ACESSO A TERRA INDÍGENA VIA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: UM ESTUDO DE CASO

Uma das formas de se garantir a cidadania dos povos indígenas é através da proteção territorial, demarcando suas terras tradicionalmente ocupadas, seja administrativamente ou por intervenção do Poder Judiciário. Será analisado neste tópico um caso que tramita na Justiça Federal do Mato Grosso do Sul (Dourados/MS) onde existe um conflito entre proprietário (regstral) de uma fazenda e indígenas que se dizem os legítimos donos da área. Referido processo trata de pedido de reintegração de posse por parte do proprietário em face de suposta invasão indígena em parte da fazenda, sob o número 0001228-46.2008.403.6002 (BRASIL, 2008).

A decisão (em primeira instância e publicada em 10/08/2018) foi pela improcedência do pedido de reintegração de posse sob o argumento central de que os indígenas foram – há muitos anos – afastados de suas terras involuntariamente e que nunca desistiram de retomá-las, o que caracterizaria esbulho em desfavor da comunidade indígena e, por esse motivo, não estariam exercendo a posse tradicional quando da promulgação da Constituição Federal de 1988 (marco temporal decidido pelo Supremo Tribunal Federal - STF).

O MM. Juiz Federal, em uma parte da decisão, assim dispôs:

[...] A posse indígena está intrinsecamente vinculada ao exercício dos direitos mais fundamentais da comunidade indígena. É expressão do seu modo de vida, de sua organização social, de seus credos e cultura. Nesta esteira, é importante definir se no caso em tela existe essa relação umbilical entre a comunidade indígena Laranjeira anderú e as terras reivindicadas pelos autores. O laudo histórico e antropológico contido às fls. 2706/2868 foi categórico em afirmar que o imóvel dos autores possui todas as características de terras indígenas, pois existe uma forte relação social e cultural da comunidade indígena sobre as terras questionadas, senão vejamos: Fls. 2796: "Todas as conclusões deste laudo podem ser resumidas em apenas uma: a comunidade de Laranjeira anderú é proveniente desta área em conflito e, desde há muito vem tentando retomar seu tekohá de onde foram persistentemente expulsos." A Fazenda Santo Antônio está inserida nos limites da área reivindicada pela comunidade Laranjeira anderú, conforme resposta ao quesito 4 da União Federal às fls. 2834: "De acordo com informações da Funai, a Fazenda Santo Antônio está inserida nos limites da área reivindicada pela comunidade Laranjeira anderú, que está sendo estudada por um grupo de identificação nomeado através da portaria 791,

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

de 10 de julho de 2008, para identificar a Terra Brilhantepeguá. "Também não há dúvidas nos autos de que a posse civil das terras pertence aos autores, pois o imóvel está devidamente registrado no RGI em seus nomes e foi adquirida por seu genitor na década de setenta, desde então exercendo sobre as terras posse civil mansa e pacífica. Os documentos juntados pelos autores às fls. 564/593 evidenciam a atual cadeia de transferência do direito de propriedade e de posse do imóvel. No entanto, a cadeia dominial do imóvel demonstra diversas inconsistências antes do século XX. A única conclusão plausível que se pode extrair é a de que as terras ocupadas pelos indígenas Kaiowa em Mato Grosso do Sul passou por um processo irregular de aquisição pela população branca, sem se levar em consideração a questão do indigenato [...] (BRASIL, 2008).

Noponto transcrito acima, não resta dúvida para o juízo quanto ao conflito de interesses, onde ambas as partes demonstram serem legítimos proprietários da terra em disputa. Resta claro que a posse indígena está vinculada ao exercício dos direitos mais fundamentais da comunidade indígena, sendo expressão do seu modo de vida, de sua organização social, de seus credos e cultura e que há inconsistências quanto à cadeia dominial antes do século XX. Por outro lado, não é cristalino de que o postulante é quem detém a posse civil do imóvel eis que registrado no Ofício Imobiliário competente. Continua o *decisum*, da seguinte forma:

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da PET 3388, definiu diretrizes que devem ser observadas no processo de demarcação de terras indígenas, dentre as quais duas merecem destaque nesta demanda: (i) o marco temporal imposto pela promulgação da Constituição Federal 1988 como perdurabilidade da resistência indígena; (ii) a possibilidade das terras indígenas serem objeto de renitente esbulho. Significa que somente pode ser considerada terra indígena aquela que, além dos traços inerentes à sua classificação, ainda era objeto de reivindicação pela comunidade indígena no advento da nova Carta Política, em 05 de outubro de 1988. E, neste sentido, não podem ser afastadas as hipóteses de renitente esbulho, ou seja, situações em que o possuidor das terras opõe seu direito de posse civil sistematicamente contra o exercício da posse indígena. Diante dessas diretrizes, é possível concluir que uma terra não deixa de ser considerada indígena enquanto sua respectiva comunidade continua a reivindicar a posse dela, mesmo não estando mais em contato com o "corpus". No presente caso, a comunidade indígena Laranjeira ande, apesar de ter sido expulsa de suas terras, sempre questionou e reivindicou sua volta ao local de origem. São provas desses fatos os relatos contidos no laudo pericial de fls. 2706/2868 e, em especial, a manifestação de fls. 74/87 da FUNAI e a nota técnica contida na manifestação do Ministério Público Federal às fls. 115/118, as quais passo a transcrever: "Os índios Guarani, sub-grupo Kaiowá, habitantes da área de Panambi, vêm há tempos reivindicando a demarcação de suas terras de ocupação tradicional, sendo que por esse motivo a FUNAI compôs grupo técnico para averiguar a reivindicação mencionada, nos termos do artigo 2º e parágrafo primeiro do Decreto n. 1.775, de 08 de janeiro de 1996". "Todavia, os índios disseram à Sra. Administradora que "há muito tempo esperam pelos governos para que procedam com as demarcações legais de suas terras", afirmando mais, textualmente, que: "sendo que na década de 70 a FUNAI comprometeu-se em fazer os estudos das áreas indicadas pelos indígenas e não o fez bem como em outubro de 2005 iniciou estudo na região que envolve os municípios de Douradina - MS e Rio Brilhante - MS, no entanto não concluiu o Relatório" [...] (BRASIL, 2008).

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

Citando o julgamento do STF (PET 3388) aduz sobre a possibilidade das terras indígenas serem objeto de renitente esbulho e que somente pode ser considerada terra indígena aquela que ainda era reivindicada pelos indígenas quando a promulgação da atual Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988. Conclui que uma terra não deixa de ser considerada indígena quando a comunidade continua postulando sua posse, mesmo não estando mais em contato direto com ela. Segue colacionada parte da sentença, *in verbis*:

[...] A nota técnica de fls. 178/188 é documento emitido por ente público, dotado de presunção de legalidade e veracidade. Nesta esteira, verifico que a comunidade Laranjeira anderú, mesmo expulsa de suas terras, continuou reivindicando seus direitos originários durante todas essas décadas. Não há qualquer evidência nos autos de que a comunidade indígena tenha sido retirada de suas terras espontaneamente, nem mesmo qualquer informação de que tenha sido realocada de forma definitiva em uma reserva indígena. A comunidade indígena Laranjeira anderú nunca se conformou com a expulsão de suas terras originárias. Os trechos transcritos nesta decisão evidenciam que a comunidade indígena procurou os órgãos estatais de proteção ao índio para assegurar seus direitos originários a terra, que abrange a Fazenda Santo Antônio. Contudo, por desídia exclusivamente estatal, o pleito da comunidade nunca foi levado a sério, seja por questões políticas locais e regionais, seja por falta de estrutura técnica dos órgãos de proteção ao índio. Por certo, a conduta omissiva do Estado não pode ser desconsiderada neste presente caso. O renitente esbulho resta configurado, uma vez que a comunidade indígena Laranjeira anderú, diversamente de outras comunidades indígenas locais, não desistiu de seu pleito de voltar as suas terras de origem. [...]. Sendo assim, concluo que as terras invadidas pela comunidade Laranjeira anderú são suas terras originais, bem como não perderam esta qualificação, diante do renitente esbulho que lhe foi imposto durante décadas. Destaco que, na presente demanda, não foi feito a demarcação definitiva das terras indígenas, razão pela qual o reconhecimento da posse indígena deve se ater exclusivamente a atual área ocupada pelos indígenas, qual seja, a área de reserva legal da Fazenda Santo Antônio. Este Juízo não está a par do sofrimento que os autores vêm experimentando. Conforme consta no laudo pericial às fls. 2754, o Sr. Mario Júlio Cerveira assim se manifestou: "Não. Olha, aquilo ali pra nós, significa uma luta de vida e sacrifício. Porque meu pai comprou aquela propriedade com muita dificuldade, ele adquiriu ela com muita dificuldade. E ele sempre nos ensinou a trabalhar a terra, a respeitar." A própria perita fez constar a situação crítica que ambas as partes vivenciam, de acordo com a manifestação de fls. 2758: "Consegui perceber um grande drama humano envolvendo uma família, a família Cerveira e uma comunidade indígena. Os proprietários, detentores do título de propriedade, sofrem com a possibilidade de perderem sua fazenda; por outro lado, vemos uma comunidade atingida tragicamente pelos acontecimentos, que segundo eles, se repetem, nunca cessam de ocorrer: (...)". Se há algo que este Juízo possa fazer pelos autores é lhes esclarecer que o real culpado de seu drama humano não é a comunidade indígena Laranjeira anderú, mas sim o Estado e seus órgãos de atuação. É contra o Estado que devem se voltar os autores, seja com medidas judiciais, seja com medidas extrajudiciais. O Estado Brasileiro simplesmente excluiu durante séculos as comunidades indígenas da sociedade brasileira. Não observou o instituto do indigenato. Quando resolveu agir, agiu errado: criou reservar indígenas para agrupar em espaços reduzidos centenas de comunidades indígenas com culturas diversas; formalizou e registrou títulos de propriedades, sem observar os direitos indígenas as suas terras; buscou "integrar" o índio na sociedade, impondo-lhe o meio de viver dos homens brancos. Uma total catástrofe humana [...](BRASIL, 2008).

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

Foragantido – provisoriamente – o direito ao acesso a terra pela comunidade indígena via prestação jurisdicional. Em que pese o Supremo Tribunal Federal estipular como marco temporal o dia 05 de outubro de 1988 para fins de constatação da posse tradicional nos casos de demarcação de terras indígenas, constata-se da interpretação dada pelo juízo um abrandamento do marco temporal nos casos em que indígenas foram expulsos de suas terras mesmo anteriormente a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, desde que continuaram reivindicando pelo seu retorno ao local de origem e impedidos por atos alheios a sua vontade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Brasileira de 1988 inovou no que tange aos direitos dos povos tradicionais, podendo ser citado como exemplo o reconhecimento da cultura e o direito à terra que tradicionalmente ocupam, segundo os artigos 231 e 232. Com isso, o direito infraconstitucional deve ser interpretado à luz da Constituição, especialmente o Estatuto do Índio.

A ocupação tradicional não diz respeito à questão temporal, mas que a ocupação da terra ocorra por meios dos usos, costumes e tradições. O STF trouxe segurança jurídica ao estabelecer um marco temporal no que tange à ocupação tradicional para fins do direito à terra, possuindo direito os indígenas que ocupavam a área quando da promulgação da Constituição.

O processo administrativo - instaurado pela FUNAI - para demarcação das áreas indígenas, previstas no artigo 231 da Constituição Federal, é regulamentado principalmente pelo Decreto nº 1.775/96, sendo: Estudos de identificação e delimitação; Contraditório administrativo; Declaração dos limites; Demarcação física; Levantamento fundiário de avaliação de benfeitorias implementadas pelos ocupantes não índios, realizado em conjunto com o cadastro dos ocupantes não índios; Homologação da demarcação; Retirada de ocupantes não índios, com o pagamento das benfeitorias consideradas de boa-fé, e reassentamento dos ocupantes não índios que atendem ao perfil da reforma; e Registro das terras indígenas na Secretaria de Patrimônio da União.

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

Quanto ao processo judicial de reintegração de posse supra-analisado, é importante destacar que o mesmo ainda não transitou em julgado sendo que pode haver modificação da decisão em eventual recurso interposto pelas partes. Ademais, como dito, trata-se de processo de caráter possessório, não se tratando de ação específica que discute o mérito se a área em questão é indígena ou não; a sentença determinou a manutenção de posse da comunidade indígena na área de reserva legal da fazenda (local efetivamente usado pelos indígenas no momento) até que a situação da demarcação se resolva em definitivo.

Pode ser percebido por este entendimento judicial que a teoria do indigenato (que considera a posse imemorial do índio para fins de posse tradicional) ainda permanece “viva”, tendo em vista que a interpretação se assemelha a questão do indigenato eis que, de certa forma, a comunidade indígena não estava efetivamente com a posse tradicional da área em discussão quando da promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988. O renitente esbulho deve ser muito bem comprovado (como deve estar no processo em análise) para não se demarcar terra indígena onde inexistia a posse tradicional durante o período que fora entendido pelo STF como o “marco temporal” sob o argumento de que os indígenas sempre estiveram pleiteando pelo retorno a determinada área.

Não podemos deixar de considerar que a decisão judicial traz um importante reconhecimento aos indígenas cuja posse tradicional considera-se mesmo não estando efetivamente utilizando a terra, desde que determinada área continuou sendo objeto de reivindicação pela comunidade e que sofra oposição, como neste caso, pelo proprietário registral do imóvel que possui o título de propriedade concedido pelo Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. **Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996**. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

_____. **Fundação Nacional Do Índio - FUNAI.** Terras Indígenas. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pet 3388/RR-Roraima.** Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Julgado em: 19 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28A%C7%C3O+POPULAR+TERRA+IND%CDGENA+RAPOSA+SERRA+DO+SOL%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/j7z8pa4>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal Da 3ª Região. **Processo nº 0001228-46.2008.4.03.6002/MS.** 2008. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. **Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996.** Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 31 ago. 2018.

DORNELLES, Ederson Nadir Pires; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil: (in) visibilidade social e jurídica.** – Curitiba: Juruá, 2017. 168p.

KAISER, Hartmut Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual** / Hartmut-Emanuel Kayser; tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.

KUJAWA, Henrique Aniceto. **Conflitos territoriais envolvendo indígenas e agricultores no norte do Rio Grande do Sul: a trajetória de políticas públicas contraditórias.** Tese (Doutorado). São Leopoldo: UNISINOS, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4538>>. Acesso em: 14 set. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org). **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. 614p.

SCHNEIDER, Giselda Siqueira da Silva. **O direito ao território enquanto condição para cidadania dos povos originários do Brasil.** Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande. 2015. 112p.

Submissão: 20.09.2018

Aprovação: 20.10.2018