XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

NORMA SUELI PADILHA

LEONARDO ESTRELA BORGES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito ambiental e socioambientalismo III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza, Leonardo Estrela Borges, Norma Sueli Padilha – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-154-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Ambiental. 3. Socioambientalismo. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III

Apresentação

Na atualidade, as questões ambientais congregam as grandes discussões planetária, que envolvem desde a maximização do PIB de um país, até a possibilidade de inviabilidade de crescimento de outros.

Neste contexto, os temas ambientais interessam tanto à sociedade, como à ciência. No âmbito jurídico, o papel do Direito Ambiental tem sido marcado, de forma expressiva, pela tentativa de conciliar a relação homem e natureza, pela via da preservação da natureza, do desenvolvimento socioeconômico e da proteção da dignidade da vida humana. Desta maneira, cada vez mais nos deparamos com situações que exigem uma resposta imediata do Direito, seja regulamentando novos temas que possuem consequências no mundo prático, seja criando instrumentos efetivos de proteção e prevenção de danos ecológicos.

A diversidade dos desafios ambientais atuais reflete-se na heterogeneidade dos temas e trabalhos apresentados no XXV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) realizado em Brasília-DF, no período de 6 a 9 de julho de 2016. De fato, no Grupo de Trabalho – Direito Ambiental e Sócioambientalismo III -, que tivemos a honra de coordenar, os artigos analisam desde temas axiológicos e com forte fundamentação epistemológica até temas extremamente específicos da prática ambiental.

Ressalta-se, desse modo, a importância do CONPEDI como fomentador da produção de conhecimento jurídico visando ao desenvolvimento de uma doutrina sólida e coesa do direito ambiental no país.

Nesse sentido, os artigos apresentados podem ser divididos em blocos. O primeiro, tendo como pano de fundo a ética e a educação ambiental, com o objetivo de analisar os vínculos do homem com a natureza, temos o artigo de Ana Christina de Barros Ruschi Campbell Penna e Lorena Machado Rogedo Bastianetto que discorrem sobre A NOVA ÉTICA AMBIENTAL CONTEMPLANDO UM OLHAR PARA O “OUTRO”. Por sua vez, Augusto Antônio Fontanive Leal apresenta artigo sobre A POSSIBILIDADE DA ALFABETIZAÇÃO AMBIENTAL DA COLETIVIDADE PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. Destacam-se, também nesta temática, os artigos SOCIOBIODIVERSIDADE E BIODEMOCRACIA. UMA (RE) APROXIMAÇÃO DO HOMEM COM A NATUREZA,

de Micheli Capuano Irigaray e Evilhane Jum Martins, e VIDA BOA, IGUALDADE E SOLIDARIEDADE EM UM MUNDO GLOBALIZADO. REPERCUSSÕES NO DIREITO AMBIENTAL, de Yuri Nathan da Costa Lannes e José Fernando Vidal De Souza.

Na sequência, encontramos discussão ainda que recorrentes sobre os princípios ambientais que foram objeto de estudo em quatro artigos: PRINCÍPIOS AMBIENTAIS E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO. PRECAVIDO OU PREVENIDO, de Beatriz Rolim Cartaxo; PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E O DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL FRENTE AO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA, de Luciana Ferreira Lima e Cláudia Maria Moreira Kloper Mendonça; e TEORIA DA EQUIDADE INTERGERACIONAL. REFLEXÕES JURÍDICAS, de Marcelo Antonio Theodoro e Keit Diogo Gomes.

O viés axiológico, ainda se reflete nos artigos que analisam a estreita relação entre meio ambiente e economia, propondo uma reestruturação dos padrões de produção e consumo com o objetivo de propiciar o desenvolvimento sustentável em âmbito nacional e internacional. Nesse sentido, destacamos os artigos A NECESSIDADE DE NOVOS PADRÕES E AÇÕES PARA CONSUMO E PRODUÇÃO SUSTENTÁVEIS ATRAVÉS DO PROCESSO DE MARRAKECH, de Rosana Pereira Passarelli e Frederico da Costa Carvalho Neto e A JURISDICIONALIZAÇÃO TRANSCONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO SOCIOAMBIENTAL NO CONTEXTO CAPITALISTA. O DIREITO PLANETÁRIO E A RELAÇÃO ENTRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E O MEIO AMBIENTE, de Caroline Vargas Barbosa e Carolina Soares Hissa.

A discussão e apontamentos para a solução de conflitos ambientais também foi objeto de algumas apresentações no Grupo de Trabalho. Desta forma, tendo como pano de fundo os problemas de escassez de água, Rogerio Borba, em seu artigo MUITA SEDE PARA POUCA ÁGUA. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESCASSEZ DA ÁGUA E A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, que analisa o papel da mediação como meio de solucionar conflitos decorrentes deste grave problema ambiental e social. No âmbito civil, Tatiana Fernandes Dias da Silva, em seu artigo O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO FORMA ALTERNATIVA A JURISDICIONALIZAÇÃO NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS AMBIENTAIS, analisa importante instrumento extrajudicial utilizado para a reparação de danos ambientais. Por fim, Carolina Medeiros Bahia propõe uma nova perspectiva de abordagem da teoria civilista de responsabilização para fazer face aos desafios de reparação ambiental, em seu artigo A UTILIDADE DA INCORPORAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE COLETIVA PARA O SISTEMA BRASILEIRO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE.

Em outro bloco de discussões, o problema da proteção efetiva a determinados grupos sociais foi objeto de análise dos trabalhos apresentados. Com efeito, os povos indígenas foram objeto de estudo do artigo O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DOS ÍNDIOS ÀS TERRAS NO BRASIL. O PAPEL DA UNIÃO NA TUTELA DOS INTERESSES INDÍGENAS, de Elaine Freitas Fernandes Ferreira. A tutela jurídica das comunidades tradicionais recebeu a atenção de Juliana Soares Viga e Cristine Cavalcanti Gomes em A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE NA SALVAGUARDA DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS. Já Luana Nunes Bandeira Alves e Girolamo Domenico Treccani voltaram sua atenção para os problemas fundiários enfrentados pelos quilombolas, em REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBO. A CRIAÇÃO DE TERRAS QUILOMBOLAS EM ÁREAS PERIURBANAS. O conhecimento destas comunidades tradicionais foi igualmente objeto de estudo, inicialmente por João Paulo Rocha de Miranda, em O MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, e por Romina Ysabel Bazán Barba e Nivaldo dos Santos, em PROCESSOS DE DESENVOLVIMENTO A PARTIR DOS SABERES TRADICIONAIS E SABERES CIENTÍFICOS - ATUAL PROTEÇÃO NO PROTOCOLO DE NAGOYA.

De outro lado, a biodiversidade brasileira, em especial a amazônica mereceu expressivo destaque de artigos apresentados tendo como objeto a sua proteção. Três artigos tratam especificamente de instrumentos voltados à proteção deste ecossistema, considerado pela Constituição Federal como patrimônio nacional: PROTEÇÃO AMBIENTAL COMO VIA INDIRETA PARA PROTECIONISMO DE MERCADO. ANÁLISE DO SETOR PRODUTIVO FLORESTAL AMAZÔNICO, de Stephanie Ann Pantoja Nunes; PROGRAMA BOLSA FLORESTA. CONSTRUINDO UMA AMAZÔNIA SUSTENTÁVEL, de Artur Amaral Gomes; e SOCIOAMBIENTALISMO NA AMAZÔNIA. POLÍTICAS PÚBLICAS, IGUALDADE E CARBONO SOCIAL, de Cyro Alexander de Azevedo Martiniano e André Lima de Lima. Por sua vez, Idelcleide Rodrigues Lima Cordeiro e Paulo Fernando de Britto Feitoza, em seu artigo UNIDADES DE CONSERVAÇÃO. RELEVÂNCIA DA CRIAÇÃO E EFETIVAÇÃO DE TAIS ESPAÇOS PROTEGIDOS PARA A PRESERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE, abordam especificamente um dos instrumentos criados para a preservação da biodiversidade e conservação dos recursos ambientais: o Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

Além disso, o acesso à água, especificamente no que se refere ao saneamento básico no país, foi o tema do trabalho O DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SUSTENTABILIDADE LOCAL, de Cleide Calgaro e Paulo Roberto Polesso.

Por fim, três artigos versam sobre dois dos principais instrumentos administrativos da Política Nacional do Meio Ambiente, o estudo de impacto ambiental e o licenciamento. Em seu trabalho QUESTÃO CONTROVERSA DA COMPETÊNCIA PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL, Tereza Cristina Mota dos Santos Pinto demonstra o clima de insegurança jurídica e a falta de eficácia do licenciamento ambiental decorrente dos conflitos de competência envolvendo órgãos ambientais das três esferas da federação. No trabalho O PAPEL DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA ADOÇÃO DE MEDIDAS COMPENSATÓRIAS, Lívia Cristina Pinheiro Lopes e José Claudio Junqueira Ribeiro analisam como as medidas compensatórias são utilizadas pelos órgãos públicos durante o processo de licenciamento de determinadas atividades. Por fim, Renata Soares Bonavides, em seu artigo NECESSIDADE DE ESTUDOS DE IMPACTOS NA INSTALAÇÃO DE UNIDADES PRISIONAIS, analisa como os estabelecimentos prisionais devem respeitar, além das normas do direito penal, todas as exigências do direito ambiental a fim de mitigar os prejuízos e assegurar medidas compensatórias diante dos efeitos danosos resultantes da edificação desses estabelecimentos.

Diante da diversidade dos artigos apresentados desejamos que todos possam ter uma agradável leitura dos trabalhos ora apresentados.

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza – UNINOVE

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UNISANTOS / UFMS

Prof. Dr. Leonardo Estrela Borges – IDP

O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DOS ÍNDIOS ÀS TERRAS NO BRASIL: O PAPEL DA UNIÃO NA TUTELA DOS INTERESSES INDÍGENAS

TREATMENT OF CONSTITUTIONAL RIGHT OF INDIANS TO LAND IN BRAZIL: THE UNION'S ROLE IN THE PROTECTION OF INTERESTS OF INDIGENOUS

Elaine Freitas Fernandes Ferreira [1]

Resumo

O presente artigo tem como objeto de estudo a relação entre os direitos dos índios as terras no Brasil antes e após a Constituição da República de 1988. Para tanto será abordada a natureza de direito da posse dos índios sobre as terras de ocupação tradicional e os efeitos dessa classificação, no alcance da eficácia social dos direitos indígenas. Tais objetivos possuem a finalidade de averiguar o papel da União na tutela dos interesses indígenas, pois, de acordo com a Constituição vigente, as terras indígenas são reservadas à posse permanente dos índios, mas sua propriedade pertence à União Federal.

Palavras-chave: Constituição federal de 1988, Terras indígenas, União federal

Abstract/Resumen/Résumé

This article has as object of study the relationship between the rights of indigenous lands in Brazil before and after the Constitution the 1988. For this purpose will be discussed the nature of the right of ownership of the Indians on the traditional occupation of land and the effects this classification, the scope of social effectiveness of indigenous rights. These objectives have the purpose of ascertaining the Union's role in the protection of indigenous interests, because, according to the current Constitution, indigenous lands are reserved for permanent possession of the Indians, but the property belongs to the Federal Government.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: 1988 federal constitution, Indigenous lands, Federal government

[1] Advogada; Mestre em Direto, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará - CESUPA.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem o intuito de abordar o instituto da posse indígena no Direito brasileiro e sua aplicabilidade no contexto social. Parece ser um tanto complicado, a possibilidade de se reconhecer aos índios um direito díspare ou pelo menos estabelecido em pressupostos diferentes daquele destinado ao cidadão comum, principalmente no que tange o direito a uma posse diferenciada dos pressupostos seculares delineados pelo direito romano. Todavia, tratar os indígenas de maneira universal, sem analisar a sua distinção étnica, é desconsiderar as especificidades históricas, culturais, e econômicas de cada povo.

O presente trabalho pretende demonstrar como era o tratamento do direito dos índios às terras no Brasil antes da Constituição de 1988 e quais as mudanças ocorridas após a promulgação da nossa Carta Magna em 1988.

Posteriormente, analisa-se o papel da União na tutela dos interesses indígenas, papel esse de grande importância, pois, de acordo com a Constituição vigente, as terras indígenas são reservadas à posse permanente dos índios, mas sua propriedade pertence à União Federal. Deste modo, as terras são bens públicos, no entanto, somente o povo indígena pode utilizá-las, de acordo com seus costumes e tradições sendo conceituada como bens públicos, podendo apenas os povos indígenas utilizá-las, sendo necessária a demarcação dessas terras, bem como o prazo para a conclusão de tais demarcações e as benfeitorias suscetíveis a indenização de boa fé.

Por fim, discute-se a materialização dos direitos territoriais e eventuais respostas para novas demandas, tendo a União vários desafios para solucionar pacificamente os conflitos fundiários em diferentes regiões do nosso país e garantir aos indígenas o direito à posse permanente de suas terras.

II O DIREITO DOS ÍNDIOS ÀS TERRAS ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os povos indígenas brasileiros têm como uma das principais demandas, o Direito a terra. De acordo com Théo Marés, para a cultura dominante a terra tem um valor de mercado. É um objeto, uma coisa, algo que pode ser comprado e vendido. Para os indígenas, no entanto, a terra tem significado de sobrevivência física e cultural. Os povos indígenas estão profundamente conectados com a terra. Eles mantêm uma relação de amor, de fé e de respeito com a terra. Portanto, de nada importam todos os demais direitos indígenas conquistados se a posse permanente de suas terras não lhes for garantida. (MARÉS, 2009, p.169)

Para Marés (2009), tanto a Constituição como a legislação infraconstitucional e até mesmo atos internacionais em que o Brasil é signatário se propõe a proteger as terras indígenas defendendo-as e preservando-as sob o domínio de seus ocupantes tradicionais.

Segundo o autor, a história da colonização brasileira pelos europeus é marcada pela expulsão dos povos indígenas de seus territórios. E este avanço sobre as terras tradicionalmente ocupadas ainda ocorre no presente, impulsionado pela valorização de imóveis rurais no mercado e pelas fronteiras do agronegócio.

Apesar da expulsão dos povos indígenas de suas terras, a colônia reconheceu, tanto em sua doutrina como na legislação, os seus direitos territoriais. Na legislação lusitana para o Brasil, o primeiro ato normativo de proteção às terras indígenas que se tem registro foi a carta Régia de 10 de setembro de 1611, promulgada por Felipe III, rei da Espanha e de Portugal, que garantia que as terras pertencentes às populações indígenas não poderiam ser tomadas, nem mudadas contra suas vontades. Referidos como "gentios", a Carta Régia estabelecia que os índios eram senhores de suas fazendas. É o que demonstra Marés (2009, p.170):

> Os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer molestia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quiserem fazer.

De acordo com Carolina Mota e Bianca Galafassi[1], embora o tratamento constitucional dos direitos dos índios sobre as terras tenha sido tardio, o seu reconhecimento remonta ao período colonial através do Alvará de 1º de abril de 1680, que reconheceu o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios.

Através do Alvará, foi reconhecido o direito dos índios à posse de suas terras, sendo, portanto, senhores “primários e naturais” das terras por eles ocupadas. Instituto denominado pela doutrina brasileira de indigenato.

O indigenato, é uma velha instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de Abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 (seis) de junho de 1775, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas (SILVA, 2008, p.858).

---

[1] A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/565_Artigo_Carolina%20Mota_Bianca%20Galafassi.pdf, acessado em 23/11/2015.

MOTA & GALAFASSI (2009) explica que, o fato do indigenato nunca ter sido revogado dentro do sistema jurídico, leva ao entendimento de que as constituições cujos textos não trataram dos direitos dos índios sobre as terras recepcionaram o instituto e as demais o teriam reconhecido expressamente. No entanto, o que serviu de fundamento jurídico da posse territorial indígena desde o período colonial não serviu de garantia 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.

A partir da Constituição de 1934 a proteção dos direitos sobre as terras ganhou maior respaldo jurídico, cujo artigo 29 reconheceu o direito indígena, estabelecendo o respeito à "posse de terras de silvícolas que se acham permanentemente localizados" e proibindo sua alienação. Além disso, estabeleceu-se competência privativa da União para legislar sobre a "incorporação dos silvícolas à comunhão nacional". Essas disposições foram mantidas pelas Constituições de 1937 e 1946, que não fizeram quaisquer modificações significativas. (MOTA & GALAFASSI (2009, p. 2).

A Constituição de 1967, por sua vez, fez respeitável ampliação, constituindo as "terras ocupadas pelos silvícolas" dentre os bens da União (art. 4º, IV). Essa é uma decisão que almeja garantir uma base territorial permanente às comunidades indígenas e que se conservou nos textos constitucionais posteriores, ocupando papel relevante na discussão atual sobre a demarcação das terras indígenas.

Sendo bens da União, as terras passam a observar um regime jurídico específico, não sendo possível que os índios as alienem ou delas disponham. Ademais, o texto constitucional de 1967, trouxe pequena inovação, tratando do usufruto dos recursos naturais e demais utilidades: "Art. 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes". O que robustece a garantia do direito à terra, uma vez que não basta garantir que as terras não sejam vendidas nem loteadas, mas é preciso também oferecer aos índios a garantia de que não serão prejudicados por terceiros interessados nas riquezas existentes nas terras que ocupam.

A Constituição de 1969, por sua vez, trouxe mudanças, mais substanciais, em seu artigo 198, repetiu os dispositivos do texto constitucional anterior e acrescentou a determinação de "nulidade e extinção dos feitos jurídicos de qualquer natureza que tivessem por objeto ou domínio a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas", sem direito a indenização.

Com algumas alterações, todos esses dispositivos constitucionais foram conservados no ordenamento jurídico brasileiro e essa breve reconstrução histórica do tratamento constitucional dado ao direito indígena sobre as terras é proveitoso para se entender o papel basilar que exerce a atual Constituição Federal, cujo texto não se restringiu a copiar as garantias dos textos anteriores.

Carlos Marés preleciona que, finalmente, a Constituição de 1988, dedicou todo um capítulo aos povos indígenas, reconhecendo o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam os índios. Direito originário, preleciona Marés, "quer dizer que o direito dos índios é anterior ao próprio direito, à própria lei. (MARÉS, 2006, P.125).

A própria Constituição de 1988 se encarrega de definir as terras tradicionalmente ocupadas, no parágrafo 1° do artigo 231, que aduz:

> São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para sua atividade produtiva, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Além de reconhecer o direito originário, a Constituição Federal de 1988 declarou nulos e extintos os atos que visem a ocupação, posse ou domínio das terras indígenas.

III A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS TERRAS INDÍGENAS

Explica Mota e Galafassi, que o reconhecimento constitucional dos direitos dos povos indígenas sobre as terras por eles ocupadas no Brasil é relativamente recente, embora tenha mais de quinhentos anos de convivência entre índios e não-índios. As autoras demonstram porque a Constituição Federal de 1988 se revelou importante avanço. Vejamos: (MOTA & GALAFASSI (2009, p. 3):

> A promulgação da Constituição Federal de 1988 revelou um importante avanço em relação aos textos constitucionais anteriores no que concerne ao tratamento da questão indígena no Brasil e, em particular, ao reconhecimento dos direitos dos índios às terras por eles ocupadas. Em primeiro lugar, o artigo 22 estabelece a competência da União para "legislar sobre populações indígenas" e não mais sobre a "incorporação dos silvícolas à comunhão nacional", como estabeleciam os textos constitucionais anteriores. Ou seja, abandonou-se a noção de "integração", que negava às comunidades indígenas o direito de preservarem sua identidade e escolherem o curso de seus processos culturais, passando a se reconhecer a diversidade cultural como constitutiva da sociedade brasileira. Em outras palavras,

> abandonou-se a noção de tutela de pessoas (tutelar os índios), que foi substituída pela tutela de direitos (tutelar os direitos dos índios), o que alterou as diretrizes da política indigenista no Brasil.

A Constituição Federal da República de 1988 traz um capítulo consagrado aos índios - Capítulo VIII – Dos Índios, do Título VIII - Da Ordem Social, contendo dois artigos que apresentam uma série de importantes determinações, nas quais está o reconhecimento dos "direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens" (art. 231, caput). Os índios são, desse modo, titulares de um direito congênito à terra que independe de legitimação posterior, sendo a demarcação entendida não como fonte dos direitos indígenas, mas apenas uma exigência constitucional que visa à proteção de tais direitos e interesses.

Mota e Galafassi (2009) aduzem que as terras sobre as quais recaem os direitos dos povos indígenas são, portanto, as "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios", cuja definição está contida no artigo 231, § 1º, da Constituição, que dispõe serem terras tradicionalmente ocupadas pelos índios aquelas habitadas por eles em caráter permanente, as utilizadas em suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos índios, bem como as terras necessárias à sua reprodução física e cultural, conforme seus usos, costumes e tradições. O texto constitucional deixa claro que não se trata somente das terras ocupadas fisicamente pelos índios, mas de todas aquelas que, segundo os usos, os costumes e as tradições indígenas, contribuem para a manutenção e preservação das particularidades das comunidades indígenas. Terras consideradas sagradas, destinadas aos cemitérios ou, simplesmente, as que servem de espaço para andanças, são, desse modo, exemplos de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

É importante salientar que não se confunde com o conceito de posse do âmbito do direito civil, pois a posse indígena dessas terras supera a órbita meramente privada; não se trata de ocupação para mera exploração, ao contrário, há uma interação de elementos humanos, ecológicos, naturais e culturais, que são relevantes na compreensão do que é a posse indígena. O Ministro do STF, Victor Leal Nunes, na década de 1960, ao tratar de tema relacionada a terras indígenas, foi contundente ao assegurar essa diferença: "Não se trata do direito de propriedade comum; o que se reservou foi o território dos índios. Não está em jogo propriamente um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo"[2].

[2] Recurso Extraordinário n° 44.535-MT, publicado em 28 de agosto de 1961.

Ademais, como assevera José Afonso da Silva, o termo "tradicionalmente" não remete a um critério temporal e não deve, por isso, ser interpretado como necessidade de ocupação muito antiga para que se caracterize o direito dos índios sobre as terras. A ocupação tradicional refere-se, sim, conforme afirma o parágrafo primeiro do art. 231, ao modo tradicional de ocupação, realizado conforme usos, costumes e tradições dos povos indígenas. (SILVA 2008, p. 858).

O direito à posse permanente das terras e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes, são também reconhecidos pela Constituição, no artigo 20, XI, se reconhece a garantia da posse indígena, dentre os bens da União, do que decorre seu caráter de inalienáveis e indisponíveis expresso pelo artigo 231, §4º. Trata-se, de uma garantia à posse permanente dos povos indígenas, que não serão privados das terras que ocupam, nem poderão aliená-las. Quanto às riquezas existentes nas terras ocupadas, a Constituição assegura a exclusividade de seu usufruto aos índios. Somente os índios tem a capacidade de proceder à exploração dos recursos existentes em suas terras.

Mota e Galafassi (2009) enfatizam que em relação a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos e às riquezas minerais há uma restrição: visando evitar situações de exploração indevida de tais recursos, a Constituição submeteu a realização de atividades de exploração à autorização do Congresso Nacional (art. 231, § 3º), que deverá ter como princípio norteador de sua apreciação a proteção dos interesses indígenas. O artigo 49, em seu inciso XVI, determina a competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar tais atividades, restrição que se justifica pela necessidade de, por um lado, garantir a proteção de um bem que é patrimônio da União e, por outro, garantir que a exploração de riquezas não se faça em prejuízo das comunidades indígenas. Por ter em vista esse objetivo, a Constituição Federal deu ênfase à participação das comunidades indígenas no processo decisório, determinando que sejam ouvidas pelo Congresso Nacional as comunidades afetadas por eventual autorização (231, § 3º).

Sustentando a proteção dada aos direitos indígenas sobre as terras, a Constituição determina serem nulos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas ou a exploração das riquezas naturais que possam ser extraídas delas, ressalvado relevante interesse público da União, conforme o disposto em lei complementar (art. 231, § 6º). Há ainda a determinação de que a nulidade ou a extinção não geram direito a

indenização ou a ações contra a União, excetuando-se os casos que envolverem benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé. (Mota e Galafassi, 2009, p.7)

Com esses dispositivos, o texto constitucional acolheu entendimento preconizado por Dalmo de Abreu Dallari, *in* (DALLARI,1984, pgs.54-55):

> Ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios. Todas as terras ocupadas por indígenas pertencem à União, mas os índios têm direito à posse permanente dessas terras e a usar e consumir com exclusividade todas as riquezas que existem nelas. Quem tiver adquirido, a qualquer tempo, mediante compra, herança, doação ou algum outro título uma terra ocupada por índios, na realidade não adquiriu coisa alguma, pois estas terras pertencem à União e não podem ser negociadas. Os títulos antigos perderam todo o valor, dispondo a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores não terão direito a qualquer indenização.

Ademais, a Constituição reconhece os índios, suas comunidades e organizações como partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesse (art. 232), atribuindo ao Ministério Público a função de intervir em todos os atos do processo (art. 232 e art. 129, V).

IV O PAPEL DA UNIÃO NA TUTELA DOS INTERESSES INDÍGENAS

A diversidade étnica brasileira é uma particularidade peculiar que faz do Brasil um país multicultural, devido ao patrimônio cultural dos diferentes grupos sociais formadores da sociedade nacional. Entre as contribuições desses grupos destacam-se as das nações indígenas, povos considerados nativos, uma vez que, originariamente compuseram comunidades locais nas terras brasileiras, pelas quais lutaram arduamente contra a ação arrebatadora dos colonizadores europeus. Não obstante do extermínio sofrido muitas populações indígenas resistiram e atualmente seus integrantes são reconhecidos como sujeitos de direitos, que carecem ser promovidos e protegidos pela ordem jurídica nacional, em razão da tutela do patrimônio cultural da humanidade, da qual faz parte a identidade indígena.

As demarcações das terras indígenas é amparada pela letra da lei que as protege e promove sua maior participação na realização para a efetivação desse direito. Contudo, infelizmente sabemos que a opinião dos povos indígenas não são relevantes no plano fático, e que o Poder Executivo, como foi colocado nesse trabalho, não se insurge efetivamente para auxiliar os indígenas, como prevê a Constituição.

A partir da Constituição Federal de 1988, a história dos índios no Brasil está sendo reescrita, quando rompeu com paradigmas intensamente preconceituosos até então vigentes. Isso se demonstrou no acréscimo vertiginoso da demarcação de terras indígenas, notadamente na Amazônia e no protagonismo dos índios que passaram a estar presentes nas esferas públicas onde os seus direitos e interesses são debatidos, sendo de fundamental importância discutir o uso da gigantesca base de recursos naturais de que se dispõe para alimentar a expansão econômica e o seu eventual impacto sobre as terras indígenas e o meio ambiente.

É fundamental construir o país que é capaz de realizar a utopia escrita no preâmbulo da Constituição Federal sobre um Estado democrático destinado a assegurar "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos".

V A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Com o advento da Constituição de 1988 ficou bem definido o dever do papel social da terra que se tornou totalmente pacificado com o Código Civil de 2002, pois esse apresenta a necessidade da função social da propriedade. Todavia, por motivos histórico-culturais a jurisprudência ainda tem se posicionado a favor da propriedade privada. O reconhecimento das terras indígenas é mais difícil quando esse vai contra o interesse dos grupos políticos dominantes. Segundo Carlos Marés "o conflito se dá entre populações tradicionais e proprietários individuais, considerados pelo sistema como legítimos" (SOUZA FILHO, 2003, p.99).

Com o decorrer do tempo o direito brasileiro nomeou os territórios indígenas de forma diversa, mostrando a forma que estes eram vistos à época. Primeiro na Lei de Terras em 1950 foi utilizado o termo "reserva", sendo que os índios deveriam trabalhar nelas até restarem completamente integrados, então se usou a expressão "área" até chegar em "terra indígena". O legislador não usou "território", para não haver qualquer brecha para independência indígena. (LIBERATO & GONÇALVES, 2013, p.107).

Marés considera que os dispositivos constitucionais anteriores a 1988 atribuíam às terras indígenas um indisfarçável conteúdo provisório, mas também definiam claramente a destinação ou afetação dessas terras. Enquanto fossem terras indígenas estariam afetadas à posse permanente e usufruto exclusivo das populações ocupantes. Constitucional ou infra-constitucionalmente definidas como propriedades públicas federais, a posse, desde 1934, estava afeta à população que efetivamente a ocupasse. A Constituição de 1988, no § 2° do

artigo 231, dá a mesma destinação constitucional anterior, aprimorando-a, justamente porque agora tem caráter não provisório. (SOUZA FILHO 2013 p.25)

Os termos posse permanente e usufruto exclusivo é repetido na Constituição de 1988. Diante disso, é imperioso examinar o que constitui posse indígena, que não se confunde com a posse civil, porque esta é individual e material, enquanto a indígena é coletiva e exercida segundo usos, costumes e tradições do povo, no narrar do Estatuto do Índio, Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. O artigo 23 da referida lei, preconiza 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." Esta expressão de 1973, de acordo com Marés, ainda versava sobre a posse como individual; em 1988 tratou-se dela como coletiva, e acrescenta (SOUZA FILHO, 2013, p.26):

> Esta posse, diferente do conceito civilista como nos alertava o Ministro Victor Nunes Leal, pode ser considerada ocupação ou habitat; por isto, observado qualquer dos quatro requisitos de ocupação do § 1°, há posse indígena, com sua característica de permanente, mesmo quando parte dela adormece para reproduzir-se ecologicamente, ou quando é intocada pelo imperativo do sagrado. O que a qualifica, portanto, são os usos, costumes e tradições do povo. Esta é a razão também da expressão usufruto exclusivo. Por usufruto exclusivo não se pode entender a restrição a ato de troca, venda ou doação de frutos e produtos das riquezas da área, mas ao contrário, trata-se do direito da comunidade não usar determinada área seja para regeneração, seja por motivos sagrados ou outro qualquer. Isto quer dizer que o que se faz ou não se faz com a área é assunto da comunidade, que exclusivamente, deliberará. As riquezas exploráveis e comercializáveis do solo, dos rios e dos lagos poderão ser utilizadas pelos índios ou exploradas em parceria com terceiros não-índios, sempre com a supervisão do Estado brasileiro que tem obrigação de preservar não só a cultura, como os bens indígenas.

Este assunto se torna mais nítido quando se avalia o § 3° do mesmo artigo que versa da exploração dos recursos hídricos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais. Nestes casos, nos quais os índios não tem a capacidade de fazer com seus próprios empenhos e recursos, é imprescindível uma autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, que devem participar do resultado da lavra. Há que se avaliar que esta autorização apenas é possível quando não viola o caput do artigo nem os demais parágrafos. Não é plausível e seria inconstitucional, uma lei regulamentar a possibilidade de violar os direitos sobre as terras ou sobre a posse permanente, ou sobre o usufruto exclusivo, ou, o que quiçá seja ainda mais grave, a organização social e cultural indígena. Deste modo, o limite da exploração hídrica ou mineraria é a preservação dos direitos indígenas, cultura, à sociedade e à terra.

Precisamente por isso, estas terras são indisponíveis e inalienáveis, além de os direitos sobre elas serem imprescritíveis, no correto termo do § 4°. Este dispositivo robustece o direito de não uso que tem os indígenas a suas terras.

Marés esclarece que, a Constituição ordenou à União que demarque as terras indígenas com a finalidade de proteger e respeitar os bens de cada povo, está claro que o direito sobre terras independe desta demarcação, que é mero ato administrativo de natureza declaratória. A terra indígena se define não pela demarcação, mas pela ocupação indígena, como dispõe a Constituição. Dessa forma, a União deve usar critérios antropológicos de reconhecimento, porque se a ocupação se faz segundo os usos costumes e tradições, há que se conhecer em profundidade a organização social daquele grupo determinado para se encontrar a terra ocupada, para afirmar com precisão o que é terra habitada, quais as utilizadas, as imprescindíveis á preservação da natureza, e as necessárias ao bem estar e reprodução física e cultural do grupo e conclui (SOUZA FILHO, 2013, p. 26):

> Qualquer regulamentação da demarcação tem que se ater aos limites desse comando constitucional. O procedimento demarcatório não pode estabelecer outro critério que não seja os usos, costumes e tradições do próprio povo. Portanto, o critério é interno a povo.

É dever da União a demarcação das terras indígenas. Para robustecer esse dever, o Ato das Disposições transitórias, art. 67, concedeu um limite de cinco anos a partir da promulgação da Constituição para que se findasse a demarcação de todas as terras. Porém, apenas no ano de 1996 foi publicado decreto que dispõe sobre o procedimento administrativo da demarcação[3]. Embora a atraso das demarcações seja negativo para os índios, a omissão da

---

[3] Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que trata do procedimento para demarcação de terras indígenas, que se divide em 10 fases:

1. inicialmente, um antropólogo de qualificação reconhecida, elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação;
2. Elaborado o estudo antropológico de identificação a FUNAI designa um 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 levantamento fundiário necessários à delimitação podendo solicitar a demarcação de membros da comunidade cientifica ou de outros órgãos públicos;
3. 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;
4. Recebendo o relatório cinscunstanciado, a FUNAI pode aprovar ou desaprovar se aprovar, publicará o resumo do relatório, do memorial descritivo e do mapa da área, no diário oficial da União e dos estados envolvidos, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel;
5. Publicado o resumo do relatório circunstanciado, com o memorial descritivo e mapa da área, abre-se prazo de noventa dias para manifestação dos Estados, Municípios e demais interessados;
6. Findo o prazo de manifestações, a FUNAI remeterá, em até sessenta dias ao Ministério da Justiça, para decisão;

União ao cumprimento do prazo não ocasiona consequências jurídicas ao direito indígena, Contudo, pode acarretar, e tem acarretado sistematicamente, contratempos, porque apesar da demarcação ser mero ato declaratório, depois de demarcada uma terra é mais simples reivindicar a proteção dos órgãos responsáveis do Estado.

De acordo com Carlos Marés (2013), é de acrescentar que o órgão indigenista da União tem considerado seu dever apenas a proteção dos índios que estiverem em áreas demarcadas ou por demarcar. Os chamados não aldeados acabam sem reconhecimento ou proteção, o que evidentemente viola o dispositivo constitucional. Esse fato revela a importância do procedimento de demarcação e da permanente exigência dos povos indígenas para que a União promova.

Liberato e Gonçalves (2013) diz que a demarcação é necessária para a proteção física das terras indígenas. Por se tratar de Direito originário as terras indígenas não são mais possibilidade do Estado, o Estado não concede as terras para os índios, apenas legaliza o direito. É de extrema importância a consulta dos povos indígenas para a realização da demarcação, até porque é sabido que cada povo tem seu próprio conceito de território. Mas infelizmente sabe-se que os índios participam apenas como observadores, sem poder opinar. Esta consulta é tratada na Constituição no artigo 231 parágrafo 1º, é evidente que outras questões de cunho econômico são levadas em consideração, como as fronteiras agrícolas.

O processo de demarcação de terras, de acordo com Liberato e Gonçalves (2013) vem sofrendo modificações com os anos, mas em linhas gerais se segue o preceito do artigo 19 do Estatuto do Índio. Este dispõe que o órgão federal de assistência ao índio estabeleça a demarcação, que será obrigatoriamente homologada pelo presidente da Republica e registrada nos livros de Serviço de Proteção da União.

O assunto das terras indígenas necessita ser discutido com a devida importância, pois se os índios não a possuírem eles perdem seus vínculos históricos, pode acontecer de não se reconhecerem mais como parte integrante de determinado povo, desconhecendo sua própria etnia.

---

7. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça pode aprovar, desaprovar, ou requerer diligencias;
8. Aprovando, o Ministério da Justiça declara, mediante portaria, os limites da terra indígena e determina a demarcação física;
9. O procedimento é encaminhado ao presidente da república, que homologa a demarcação mediante Decreto;
10. Após a homologação, a FUNAI promove o registro em cartório imobiliário e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, os interessados poderão manifestar-se, nos termos do § 8° do art. 2°, no prazo de noventa dias, contados da data da publicação deste Decreto.

A finalidade Constitucional ao proteger uma terra de grande relevância cultural não é de propriedade, mas de posse indígena. Para ocupar a terra de forma tradicional, não há obrigatoriedade de demarcação, porém é indispensável sua permanência. Canotilho e Leite asseveram que os indígenas são apenas depositários de bens que se transferem através de gerações, caracterizando uma relação intertemporal. A qualidade dos índios com a terra é intertemporal, que garante sua inamovibilidade. (CANOTILHO E LEITE, 2008, p. 289).

Mattos Neto enfatiza que as terras indígenas fazem parte, assim, do território brasileiro. É uma parte do todo: o território nacional sobre cujo espaço deita a soberania brasileira. Nesse sentido, os índios mantêm vínculos jurídicos com a União, pois tem o apossamento constitucional de terra a ela pertencente. Mas os vínculos jurídicos com as unidades da Federação brasileira não se esgotam com a União. Certo é também que mantêm relação jurídica com o(s) Estado(s) e o(s) Município(s) em cujas terras estão localizadas, uma vez que saúde, educação, segurança pública e outros direitos públicos da coletividade merecem ser dispensados aos grupos indígenas, por aquelas entidades federadas. As terras indígenas, portanto, são apenas uma categoria jurídico-constitucional[4].

Em relação à exploração da mineração em terras indígenas, a legislação pátria nunca foi clara na explicação da separação de bens do solo e riquezas do sub solo. Avaliando a Constituição de 1988 fica nítido que não existe diferença entre mineração das terras indígenas e não indígenas, inclusive aos minérios existentes no subsolo.

Percebe-se que o Estatuto do Índio está em contradição com a legislação e com a doutrina pátria, uma vez que incumbe ao Código de Mineração, o poder de legislar sobre as riquezas dos subsolos das terras indígenas. Deste modo, estas terras estão no mesmo patamar que outras de direito comum público. Fica somente garantida indenizações e participações na renda, e desconsiderada a posse dos índios sobre a terra. Marés preleciona que a Constituição de 1988 não considerou o que diz o estatuto do Índio nessa situação (SOUZA FILHO, 2013, pp. 109-110). Vejamos:

> Sabiamente o constituinte da Carta Magna de 1988 não recepcionou tais dispositivos e admitiu exploração, mas esta é dependente à prévia autorização do Congresso Nacional e à ouvidoria das comunidades afetadas, mantendo a participação dos índios nos lucros e produtos. Não é mais possível aplicar o Estatuto do Índio e, portanto, é utilizado o Código de Mineração. Nota-se que a Constituição também não dispôs a respeito da propriedade do solo, não fez referências à União. Destarte se conclui que o que mais influi é a posse dos índios. Em relação à água, esta é um bem

[4] Disponível em: http://www.andhep.org.br/anais/arquivos/Vencontro/gt8/gt08p10.pdf, acessado em 15/12/2015.

> ambiental que tem como seu gestor a União, os Estados e a coletividade, no que versa sobre a condição jurídica dos povos indígenas este fato não muda. O que diverge é que os povos estão ligados a sua identidade étnica, ou seja, autonomia cultural. Esta autonomia deve seguir o direito de permanecer nas terras que tradicionalmente ocupam e o direito de livre acesso aos recursos naturais existentes nas respectivas terras de ocupação tradicional.

As lutas pelas terras são corriqueiras para os índios, posto que, eles as vêm travando desde a colonização. É imperioso compreender que para os indígenas a terra compreende a cultura, a história, a tradição, a religião, a etnia, afinal, ela traduz o sentimento do índio como pertencente àquela coletividade. Assim sendo, a terra para eles não se confunde com os conceitos de propriedade no sentido civilista.

VI PRAZO PARA A CONCLUSÃO DAS DEMARCAÇÕES DA TERRAS INDÍGENAS

O Poder Executivo, foi apontado pelo artigo 25 do Estatuto do Índio, para que concluísse a demarcação de todas as terras indígenas no prazo de cinco anos após sua publicação, que aconteceu em 21 de dezembro de 1973. No entanto, o prazo não foi cumprido.

Nesse sentido Theo Marés (2013) informa que o artigo 67 do Ato das disposições transitórias da Constituição Federal renovou o prazo para a união concluir a demarcação das terras indígenas. Trata-se, todavia, de um prazo impróprio, em que seu descumprimento não gera qualquer sanção, mas que gera o direito subjetivo dos povos indígenas de buscar no poder judiciário o cumprimento da ordem Constitucional.

Carlos Marés (2006, p. 150) menciona uma das consequências do descumprimento do prazo estabelecido pela Constituição Federal. Vejamos:

> Ao não ter havido o cumprimento do prazo das disposições transitórias, a União está em débito para com os povos indígenas e persiste, ainda com mais intensidade a obrigação de promover a demarcação que o caput do artigo 231 determina à União.

Outra consequência foi observada em uma Ação Civil Pública de número 1998.04.01.054349-4/RS, em decisão proferida pelo do Tribunal Regional Federal da Quarta região, interposta pelo Ministério Público Federal em face da FUNAI e da União Federal, visando a demarcação da Terra Indígena Serrinha, no município de Ronda Alta (RS), a FUNAI e a União Federal contestaram alegando que teriam discricionariedade para “eleger o

momento oportuno" para realizar o procedimento demarcatório da Terra Indígena. (MARÉS, 2013, p.177). O Tribunal Regional Federal da Quarta Região, em seu acórdão, rechaçou a tese da discricionariedade administrativa, uma vez que está esgotado o prazo fixado pelo Constituinte[5]:

> No que se refere à discricionariedade administrativa que estaria reservada à União e à FUNAI em fazer a demarcação, bem como eleger o momento oportuno, a discricionariedade não mais existe. Expirou o prazo dado pelo constituinte originário fixado no artigo 67 do ADCT. O prazo de cinco anos a partir de outubro de 1988 de há muito está escoado e apenas dentro do aludido prazo haveria discricionariedade, o que se poderia cogitar como discricionário até 1993, de lá para cá revela omissão administrativa que contraria expresso preceito constitucional. Não tendo a União e a FUNAI cumprido o que a Constituição estatui, submete-se ao controle judicial, vedado, então, para justificar a inação, alegar inconveniência, face à norma paramétrica do artigo 67 da ADCT.

Nota-se que a própria tramitação do processo de demarcação mostra-se um procedimento longo e exaustivo. De fato, os processos de demarcação em terras indígenas tendem a levar anos, por vezes, décadas, devido a sua própria complexidade, não somente aos estudos técnicos indispensáveis, como também aos obstáculos decorrentes dos múltiplos interesses que tangenciam a reivindicação ao longo do processo. A despeito da natureza declaratória, a ausência de homologação formal é argumento comum empregado por não índios para justificar a ocupação indevida de terras indígenas. Sem a demarcação, as terras indígenas, seus recursos naturais e, consequentemente, a comunidade, ficam à mercê de toda sorte de exploradores e invasores. Dessa forma, o passar do tempo, somado à omissão administrativa, agrava os efeitos da falta de demarcação, que é distorcida e serve também como empecilho para acesso a políticas públicas básicas voltadas para os povos indígenas, tais como saúde e educação.

VII BENFEITORIAS SUSCETÍVEIS DE INDENIZAÇÃO

Theo Marés (2013) informa que, como todos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas são nulos e extintos, não há possibilidade de haver um real proprietário em terra indígena. Assim, não há necessidade de desapropriação nem de indenização por lucros cessantes. Há, apenas, a obrigação de indenizar algumas

[5] BRASIL. Tribunal Federal da Quarta Região. Apelação Cível nº 1998.04.01.054349-4/RS. Relatora: Juíza Marga Inge Barth Tessler, votação unânime, julgado em 16 maio 2007.

benfeitorias do imóvel, desde que a ocupação seja de boa-fé. Vejamos o que diz o autor sobre o que são benfeitorias (MARÉS, 2013 p. 178):

> Benfeitorias são aditamentos a um determinado bem com a intenção de conservá-lo, melhorá-lo ou embelezá-lo. O Direito Civil divide as benfeitorias em voluptuárias, úteis e necessárias. Conforme reza o artigo 96 do Código Civil, voluptuárias são as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou seja de elevado valor; úteis são as que aumentam ou facilitam o uso do bem e necessárias são as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

A norma do Direito Civil, que não se aproveita às terras indígenas por sua peculiaridade, é de que a indenização pela retirada de possuidores, pelo legítimo proprietário, de um determinado imóvel seja de acordo com a lisura da posse, de acordo com o artigo 1.219 do Código Civil: "se o possuidor for de boa-fé, fará ele jus à indenização de suas benfeitorias úteis e necessárias e, conseguindo levantá-las sem o detrimento do bem, terá direito à retenção das benfeitorias voluptuárias". Diferentemente, conforme o artigo 1220 do mesmo código, "se o possuidor for de má-fé, serão ressarcidas apenas as benfeitorias necessárias".

O artigo 231 §6º da Constituição Federal, como forma de coibir ao máximo a ocupação de terras indígenas, apenas confere a obrigação de indenização à ocupação de boa-fé. Portanto, não serão indenizados os possuidores de má-fé.

Deve-se notar, como advertem Tânia Mara Campos de Almeida e Luiz Edson Fachin, (1999, p.132), "que melhoramentos advindos sem a intervenção do titular da ocupação não são benfeitorias", destarte, cobertura arbórea natural e acessões naturais não são benfeitorias e, deste modo, são insuscetíveis de indenização.

A Constituição Federal e a legislação indigenista, preleciona que apenas o possuidor de boa-fé faz jus à indenização por suas benfeitorias, porém, é silente em dizer quais benfeitorias serão indenizadas. Para a solução dessa omissão legislativa, Marés (2013) informa que subsidiariamente, deve-se seguir a regra do direito privado, indenizando-se as benfeitorias úteis e necessárias e facultando ao ocupante a retenção das benfeitorias voluptuárias, caso sua retirada não deteriore o imóvel ou o meio ambiente.

VIII MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS E RESPOSTA A NOVAS DEMANDAS

Informa Ana Valéria de Araújo que, com respeito aos índios, as políticas públicas do Estado brasileiro ainda hoje são confusas. Em grande parte, isso é fruto da necessária

convivência entre um texto constitucional avançado e algumas leis modernas, com um Estatuto do Índio arcaico, fundado em conceitos superados, que não obstante ditam as regras do dia a dia da aplicação dessas políticas, ou são resgatados sempre que interessa a alguém restringir a participação indígena ou o alcance do devido reconhecimento dos seus direitos. E complementa (ARAÚJO, 2013, p. 144):

> A questão territorial, no entanto, ainda exige políticas consistentes que permitam consolidar na prática o que está formalmente reconhecido, criando-se formas sustentáveis para que os povos indígenas exerçam os seus direitos plenos e permanentes. Isso delineia uma vertente de atuação que demanda ações específicas do Estado, no sentido de proporcionar aos índios os mecanismos adequados à gestão territorial de suas terras, principalmente na Amazônia, onde a complexa mistura de grandes extensões, enormes riquezas naturais, inserção geopolítica delicada e a pressão constante de frentes predatórias abrigadas ou não por projetos de desenvolvimento governamentais torna o tema de natureza obrigatória. Por outro lado, a partir do final dos anos 90, surgem novas reivindicações por demarcações de terras nas regiões Centro-Oeste, Sul e Nordeste, e cresce o impacto em termos de potenciais conflitos sociais envolvendo os índios e os atuais ocupantes dessas regiões. Trata-se aqui da situação de povos indígenas que, em razão de processos históricos de opressão e discriminação, além de terem sido expulsos de suas terras tradicionais, viram-se obrigados a esconder a sua própria identidade enquanto índios, como condição mesma para a sua sobrevivência. Em função do advento da Constituição de 1988 e da consolidação do processo de redemocratização do país, vários desses povos puderam resgatar as suas histórias e reassumir as suas identidades, iniciando uma luta pelo reconhecimento da sua condição de povos indígenas com a consequente garantia de seus direitos territoriais.

O Estado atualmente, tem o desafio de lidar com o conjunto de reivindicações de reconhecimento das identidades indígenas e reiteradamente ao direito a terras tradicionais. Isso é extremamente complexo, dada a situação de ocupação e povoamento em diferentes regiões, e particularmente, na Amazônia, o cobertor fundiário ainda é um pouco mais longo. Nesses casos, os índios enfrentam grave preconceito, em consubstanciados tentativas de simplesmente desqualificar a sua pretensão, para que essa afinal não se traduza na garantia do território e de outros direitos. No entanto, essa situação ainda deficiente de uma solução específica, sustenta o aparecimento de conflitos fundiários em diferentes regiões do país. Atualmente, ao se proclamar uma reivindicação referente a uma determinada terra indígena, a prática é o imediato embate dos conflitos locais, expondo rapidamente, para os órgãos governamentais incumbidos, o que precisa ser feito para garantir que a solução do problema seja alcançada de forma pacífica, avaliando a extensão das terras que podem ser reivindicadas e o número de famílias a serem possivelmente reassentadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, ao constituir o Brasil em um Estado Democrático de Direito, firmou um compromisso maior com os valores da cidadania, da dignidade da pessoa humana, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como da erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais.

A proteção a esse direito é tão importante que a Constituição de 1988 determinou que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, que sejam portadores de referencia á identidade dos grupos que formam a sociedade brasileira, dentre os quais incluem-se os índios. Também ordenou a proteção dos bens, de qualquer natureza, que digam respeito à ação e à memória desses grupos.

Vale anotar que, as comunidades indígenas são titulares do direito as terras que tradicionalmente ocupam, o qual ganham contornos especiais quando vinculado às mesmas, tendo em vista as suas especificidades, e muito embora, o direito à posse indígena não tenha sido expressamente mencionado pela Constituição de 1988, o regime e os princípios por ela adotados, bem como os tratados internacionais dos quais a Republica Federativa do Brasil é parte, permitem concluir no sentido de que a posse indígena do direito positivo brasileiro é um direito fundamental e encontra forte lastro na Constituição e na legislação infraconstitucional.

Tanto a Constituição como a legislação também oferece os elementos básicos da definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, condicionando-os aos usos, costumes e às tradições de cada comunidade indígena. Na posse indígena existe uma relação cultural dos índios com a terra transmitida através das gerações, que integra à consciência do povo como um vínculo histórico existente entre eles e os seus ancestrais. Trata-se de um direito inalienável e intransferível.

Daí ressalta-se a obrigação da correção dos desequilíbrios do passado, a partir de um aproveitamento atual e constitucional dos institutos possessórios, de modo que o resultado final possa ratificar as ações afirmativas em prol dos direitos indígenas, efetivar os seus mandamentos e pesquisa de conhecimento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Ana Valéria. Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Desafios e perspectivas para os direitos dos povos indígenas no Brasil**. Curitiba; Letra da Lei; 2013. 2013, p. 144

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 24. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição n.° 3388. Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118355&caixaBusca=N>. Acesso em: 11 março de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (orgs.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 289.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Org. **Makunaíma grita:** Terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

_____. **"O que são Direitos das Pessoas",** Abril Cultural/Brasiliense, 1984, pp. 54-55 apud LOBO, Luiz Felipe Bruno. Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina. São Paulo, LTr, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70

LIBERATO, Ana Paula, GONÇALVES Ana Paula Rengel. Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **A proteção dos indígenas na Constituição de 1988**. Curitiba; Letra da Lei; 2013.

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.

MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca **.A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol**: processo administrativo e conflitos judiciais. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/565_Artigo_Carolina%20Mota_Bianca%20Galafassi.pdf. Acesso em 23 de novembro de 2015>.

_____. **"A demarcação da Terra indígena Raposa Serra do Sol:** processo administrativo e conflitos judiciais". In: MIRAS, Julia Trujillo et alli. (Org.) Macunaíma Grita! Terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. 31ª ed., p. 858

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Os povos indígenas e o direito brasileiro**. Curitiba; Letra da Lei; 2013.