

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
FACULDADE DE DIREITO - FADIR**

FLÁVIA CALAZAN BENITES

**DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS E OS IMPACTOS DA PEC
132/2015 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Campo Grande, MS

2023

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
FACULDADE DE DIREITO - FADIR**

FLÁVIA CALAZAN BENITES

**DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS E OS IMPACTOS DA PEC
132/2015 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof. Me. Luyse Vilaverde Abascal Munhós.

Campo Grande, MS

2023

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer a minha família que sempre me deu suporte e forças para estudar e não desistir. Em especial, agradeço a minha mãe Iarê que sempre fica ao meu lado, acredita em mim e inspira a ser melhor e buscar o meu melhor todos os dias, é o meu exemplo de vida. E ao meu irmão Thiago que sempre está ao meu lado e me ajuda em todos os momentos.

Agradeço também a minha vó Nina e minha tia Iara, mulheres fortes e corajosas, capazes de tudo e inspiradoras. Agradeço meu pai Flávio e minha madrasta Rosely por darem forças para terminar essa monografia.

Agradeço à minha orientadora, a professora Me. Luyse, que foi extremamente solícita e contribuiu para a escrita desta monografia, me incentivando a ter pensamento crítico sobre o que eu pesquisava e escrevia e acreditando em um potencial que eu não sabia que podia alcançar.

Por fim, agradeço à universidade pública, que me formou como indivíduo crítico capaz de entender a mim mesma e o mundo à minha volta.

RESUMO

O direito originário à terra indígena é um tema muito relevante no contexto político-social brasileiro. Verifica-se que o Estado busca formas de solucionar os conflitos fundiários existentes. Dessa forma, foi criada a Proposta de Emenda à Constituição nº 132/2015 que visa alterar a Constituição Federal de 1988 e permitir a indenização dos possuidores de títulos dominiais relativos a terras demarcadas como indígenas. Ocorre que essa medida esbarra em institutos basilares na construção dos direitos indígenas, em especial no Indigenato. O objetivo deste trabalho é verificar os impactos que a aprovação dessa PEC pode causar no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito aos avanços e retrocessos que ela pode promover na discussão acerca dessa temática. A metodologia utilizada tem bases descritivas exploratórias, aliadas ao método dedutivo e possibilitadas pela análise bibliográfica, documental e jurisprudencial. A conclusão a que se refere é que a medida representa um retrocesso à conquista de direitos indígenas e permite que haja abertura para a violação de outros direitos fundamentais dos povos indígenas.

Palavras-chaves: direito territorial indígena; demarcação de terras; indenização.

ABSTRACT

The original right to indigenous land is a highly relevant topic in the Brazilian political and social context. It is evident that the State is seeking ways to resolve existing land conflicts. Thus, Proposal for a Constitutional Amendment No. 132/2015 was created to amend the 1988 Federal Constitution and allow for compensation to the possessors of dominial titles related to lands designated as indigenous. However, this measure encounters fundamental principles in the construction of indigenous rights, particularly in indigenous land rights. The objective of this work is to assess the impacts that the approval of this proposed constitutional amendment will have on the Brazilian legal system, especially concerning the advancements and setbacks it will bring to the discussion of this issue. The methodology used is based on descriptive exploratory research, combined with deductive methods and facilitated by bibliographic, documentary, and jurisprudential analysis. The conclusion reached is that the measure represents a setback in the acquisition of indigenous rights and opens the door for the closure of other fundamental rights of indigenous peoples.

Keywords: indigenous land rights; land demarcation; compensation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 HISTÓRICO LEGISLATIVO DO DIREITO ORIGINÁRIO À TERRA	11
1.1 PERÍODO COLONIAL	12
1.2 PERÍODO IMPERIAL	13
1.3 PERÍODO REPUBLICANO	14
1.3.1 A Constituição Federal de 1988	15
1.3.2 Direito Internacional	18
2 DEMARCAÇÃO TERRITORIAL INDÍGENA E O DIREITO ORIGINÁRIO À TERRA	20
2.1 DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS E O CONCEITO DE INDIGENATO	20
2.2 O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS	24
2.3 CONFLITOS FUNDIÁRIOS	26
2.3.1 Relatório Figueiredo	28
2.4 AS DISPUTAS TERRITORIAIS NO JUDICIÁRIO	29
2.4.1 Terra Indígena Xucuru/PE	29
2.4.2 O Estado de Mato Grosso e a Terra Indígena do Xingu	30
2.4.3 Terra Indígena Raposa Serra do Sol	31
2.4.4 O Recurso Extraordinário nº 219.983 e a Tese do Marco Temporal	32
2.4.5 O Julgamento do Tema 1.031 no STF	35
3 A PEC 132/2015 E O DIREITO À INDENIZAÇÃO	37
3.1 A PEC nº 132/2015 NO SENADO FEDERAL	38
3.2 A PEC nº 132/2015 NA CÂMARA DOS DEPUTADOS	43
3.2.1 A Proposta de Emenda à Constituição nº 409/2001	43
3.2.2 A Proposta de Emenda à Constituição nº 161/2003	44
3.2.3 A Proposta de Emenda à Constituição nº 282/2008	45
3.3 A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO NO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO TERRITORIAL	45
3.4 O CONGRESSO NACIONAL FRENTE AOS DIREITOS INDÍGENAS	50
3.4.1 O Projeto de Lei nº 2.903 de 2023	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

A história brasileira é marcada por um longo período de colonização que se iniciou com a chegada de europeus no ano de 1500. Eles acreditavam que tinham “descoberto” uma área nova e, com isso, deram para si a permissão de explorá-la e usá-la para crescimento econômico do modo que julgaram necessário. Era uma região com grande extensão territorial e um alto contingente populacional. Dois fatores essenciais ao modelo econômico adotado pelos países invasores.

Ao longo de cinco séculos, os indígenas foram vistos de formas diferentes. Foram considerados selvagens, escravos, incivilizados, heróis nacionais pelo romantismo, mas, na maioria dos casos, os nativos foram considerados um outro povo, hierarquicamente inferior ao europeu.

Desse modo, é possível compreender que, na época da colonização portuguesa, a tomada do território não englobava apenas o estabelecimento de novos limites físicos, mas da destruição da cultura e identidade de cada povo tradicional. Assim, um dos aspectos mais importantes na análise dos direitos dos povos indígenas é a reivindicação do direito à terra, pois para eles não se trata de mero objeto de caráter econômico, a terra está diretamente ligada à identidade de cada povo.

Sob a perspectiva indígena, a terra tem uma importância fundamental, não apenas para a consagração de direitos, o território é o local onde se desenvolve o modo de vida, nas esferas econômica, política, nas dimensões religiosa e sociocultural em sua totalidade. Portanto, o território deve ser compreendido como condição integrante da essência da vida dos povos indígenas, não se trata de mero valor material, produção ou exploração. Trata-se do ambiente onde se desenvolvem todas as formas de vida: a terrena e espiritual.

Essa divergência acerca da terra culmina em conflitos fundiários que perduram ao longo dos anos e não representam apenas a disputa por propriedade. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 trouxe disposições inovadoras sobre o direito à terra, atribuindo ao processo de demarcação uma perspectiva antropológica, sendo que essa conquista só foi possível devido a quase duas décadas de articulação e mobilização entre os povos indígenas de todo Brasil.

No contexto contemporâneo, quando se trata de direitos fundamentais dos povos indígenas, a Carta Magna de 1988, nos seus artigos 231 e 232, trouxe aspectos subjetivos e essenciais para a delimitação do conceito de Terra Indígena. Determina-se que deve ser garantido aos povos indígenas o respeito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Firmou-se no *caput* do art. 231 o direito à diferença, isto é, foi assegurado o direito de serem indígenas e permanecerem como tal indefinidamente.

Essa determinação rompeu com o modelo de integração à sociedade nacional que foi adotado pelo estado brasileiro ao longo dos anos. Verifica-se que as leis, Constituições, decretos e alvarás que abordaram direitos indígenas defendiam a tese de que os indígenas deveriam ser integrados à sociedade hegemônica, deixando de lado a sua identidade étnica e cultural. Eles não eram vistos como sujeitos portadores de direito, mas sim, como tutelados do Estado.

A Constituição também prevê no seu artigo 231, a teoria do Indigenato, que foi desenvolvida pelo jurista João Mendes Júnior no início do século XX. Dessa forma, o direito à terra tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas é considerado um direito congênito, que nasce com o indígena, direito inato, inerente à pessoa, anterior à Constituição Federal e é um direito especial, visto que não se enquadram aos conceitos de posse e propriedade do direito civil.

Portanto, a demarcação, tida como um processo de estabelecimento de limites territoriais, é meramente declaratória. Assim, a disposição do parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal prevê a nulidade e extinção de todos os efeitos jurídicos decorrentes da posse e domínio de terras tradicionalmente ocupadas, sendo que a nulidade e a extinção não geram direito à indenização em face da União ou da FUNAI, apenas serão indenizadas as benfeitorias realizadas de boa-fé.

Atualmente, a Proposta de Emenda à Constituição nº 132/2015 visa alterar esse dispositivo legal, de modo a permitir a indenização de terra nua aos possuidores de títulos dominiais de áreas declaradas como indígenas. Isto é, contrariando o instituto do Indigenato, as terras indígenas não serão mais consideradas de posse originária e natural dos indígenas, o domínio, a posse e transferência de títulos serão considerados válidos e a demarcação passará a ser considerada como um ato constitutivo, ou seja, as terras só serão consideradas indígenas após um longo e complexo processo de demarcação que será concretizado após a transferência indenizada das terras de terceiros aos indígenas.

O autor dessa proposta e os seus apoiadores no Congresso Nacional justificam que essa medida seria uma forma de se diminuir os conflitos fundiários. Argumentam que grande

parte dos títulos de propriedade foram fornecidos pelo próprio Estado como forma de se colonizar o país. Logo, esses possuidores de terra teriam adquirido o título dominial de boa-fé e seria justa a indenização, após a terra ser demarcada.

Nesse sentido, considerando que a construção do entendimento jurisprudencial acerca do processo de demarcação de terras indígenas e as normas definidoras do direito indígena à terra têm como base o conceito de direito territorial originário da perspectiva da teoria do Indigenato, a problemática do trabalho é questionar: quais os impactos que a aprovação da PEC nº 132/2015 causará no ordenamento jurídico brasileiro?

Assim, a justificativa deste trabalho reside na compreensão da ideologia que permeia a busca pela aprovação dessa PEC, haja vista que atrelar a indenização ao processo de demarcação inviabiliza considerar o direito à terra como direito originário indígena e altera a base fundamental do processo de marcação. Dessa forma, é necessário compreender o espaço que ela ocupa no ordenamento jurídico brasileiro e no entendimento de quais os impactos que ela causará, caso aprovada, principalmente levando em consideração os conflitos existentes entre indígenas e fazendeiros nos processos de retomada do território ancestral.

Sabe-se que esse processo de estabelecer limites físicos das terras ocupadas tradicionalmente pelos indígenas é conflituoso e demorado e que por vezes culmina em disputas violentas em que a maior parte das vítimas são indígenas. Portanto, entender a PEC é compreender em qual passo está essa discussão no Brasil e qual o andamento que o Estado pretende dar para resolver a problemática existente.

Logo, o trabalho objetiva investigar quais os impactos da aprovação da PEC 132/2015 no ordenamento jurídico brasileiro, compreendendo o avanço ou retrocesso dessa medida no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas, a diminuição dos conflitos fundiários e os interesses que permeiam a sua aprovação.

Para tanto, a metodologia utilizada tem bases descritivas exploratórias, aliadas ao método dedutivo e possibilitadas pela análise bibliográfica, documental e jurisprudencial, que possibilita o entendimento do conceito de demarcação de terra e direito originário, a compreensão do histórico legislativo acerca dessa temática e o entendimento jurisprudencial que atrela a perspectiva legislativa com a conceituação antropológica do tema.

De forma inicial, o capítulo primeiro é incumbido de apresentar o histórico legislativo do direito à terra no Brasil, desde alvarás emitidos pelo reino de Portugal para comandar a colônia até a Constituição Federal de 1988. São analisados alvarás, decretos, leis e Constituições, além de legislações internacionais que permitem compreender a visão que o

Estado tinha dos povos tradicionais e quanto contribuiu para a existência dos conflitos fundiários entre indígenas e não indígenas.

Em seguida, o segundo capítulo é responsável por apresentar o conceito de terra, com destaque ao entendimento do indígena e seus elementos estruturais, as quais representam questões importantes para a compreensão do que é o direito originário à terras tradicionalmente ocupadas e para analisar o processo de demarcação. Neste capítulo, também, será estudada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em casos de repercussão geral, essencial para a compreensão de como decide o Poder Judiciário a respeito dos conflitos fundiários em terras de ocupação tradicional indígena.

Por fim, o terceiro capítulo compreende o estudo da Proposta de Emenda à Constituição nº 132/2015 (PEC), de modo a analisar o seu andamento na Câmara dos Deputados e também no Senado Federal. O estudo dessa PEC abrange a verificação dos motivos ensejadores para a sua propositura, os pareceres contra e a favor da sua aprovação.

Também serão estudados os parlamentares que participaram do seu andamento e o papel do Congresso Nacional, no que se refere à direitos indígenas, de modo a contribuir para o entendimento de como o Brasil tem avançado ou regredido na questão que trata acerca do processo de demarcação de demarcação de terras e direitos indígenas.

1 HISTÓRICO LEGISLATIVO DO DIREITO ORIGINÁRIO À TERRA

A história do Brasil não se inicia com a invasão portuguesa no século XVI. Segundo dados da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), estima-se que antes da chegada dos europeus, a população indígena correspondia aproximadamente 2.000.000 (dois milhões) de indivíduos. Já em 1998 a população total seria de 302.088 indígenas¹.

O processo de colonização foi marcado pelo domínio e tomada da terra. O Brasil tornou-se uma colônia marcada pela presença de um alto contingente populacional nativo (potenciais escravos) [00] e uma vasta extensão de terra a ser explorada. Fatores que contribuíram para o desenvolvimento atrelado da política indígena e a política territorial (LOPES; MATTOS, 2006).

Então, o que se pode observar é que ao longo dos anos e à medida que foi se estabelecendo modelos de governo diferentes, a questão da terra foi tratada de formas distintas, sem que houvesse efetividade na solução dos conflitos fundiários.

Dessa forma, esse capítulo se propõe a contextualizar o histórico legislativo acerca do processo de demarcação de terras e analisar como foi a construção do direito territorial originário na legislação brasileira. Serão abordados os alvarás e decretos emitidos pelo governo português e destinados ao trato com a colônia.

O período colonial foi marcado por um processo de violento de tomadas que terra que não se limitou à mera ocupação territorial, os indígenas sofreram um processo de “apagamento cultural” devido às medidas forçadas impostas pelo governo para se colonizar e poderem se inserir na sociedade e contribuírem, através da sua força de trabalho para o desenvolvimento econômico do país.

Por seguinte, são analisadas as normas legislativas do período imperial, que foi marcado pelo nascimento de uma nova nação. O Brasil não é mais uma colônia, mas sim um país independente com seu povo e território. Contudo, o seu cotidiano é marcado por conflitos fundiários, seja pela concentração populacional em determinadas regiões, seja pela ausência de normas efetivas que protejam os direitos indígenas de terras ocupadas originariamente.

O período é republicano é iniciado por declarações anti-indígenas, porém caminha para a construção de uma sociedade mais igualitária e preocupada com o bem-estar da população. Tem como resultado a Constituição de 1988 que representa um grande avanço na

¹ Território brasileiro e povoamento; história indígena - os números da população indígena <https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/historia-indigena/os-numeros-da-populacao-indigena.html>

construção do direito territorial originário e também contempla outras evolução do contexto mundial, com a Declaração das Nações Unidas e da Organização Mundial do Trabalho.

1.1 PERÍODO COLONIAL

Na época em que o Brasil era colônia de Portugal, o governo português buscou elaborar estratégias e diretrizes para o trato com os povos nativos, seja por meio de Cartas Régias, Alvarás, Decretos e Leis. Entretanto, tais medidas continham valores e regras pertinentes ao comportamento europeu, ignorando-se as singularidades culturais dos indígenas (OLIVEIRA, 2021).

Pode-se citar que a Carta Régia de 30 de julho de 1609 determinava que os “gentios”, denominação usada para classificar os indígenas, eram livres. Isto é, a escravidão, em tese, estaria proibida, pois, segundo o pensamento que permeava a ideologia jesuíta, a liberdade dos nativos era o propósito final da catequização e um direito a ser resguardado aos “novos cidadãos”.

Essa previsão não foi bem recebida pelos colonos, tendo em vista que a exploração escravista era a base da economia da época. Desse modo, posteriormente foi promulgada a Carta Régia de 1611 que continuou mantendo o direito à liberdade, mas mitigou a sua aplicação. Houve uma legalização da escravidão, visto que ela seria permitida caso fosse decorrente das “guerras justas”. Então, quando observado que o indígena resistia à catequização, autorizava-se o ataque a ele e a escravidão era tratada como legítima defesa (DE JESUS, 2007).

Posteriormente, foi publicado o Alvará Régio de 01 de abril de 1680 e a Lei de 06 de julho de 1755, considerados um grande avanço na construção do direito territorial indígena. Neles declarou-se que as terras pertenciam aos nativos, pois eram os primeiros ocupantes e os donos naturais das áreas que habitavam. Esses dispositivos refletem o reconhecimento da primazia do direito frente à ocupação originária territorial (CUNHA, 1987).

De se destacar que esses desses regulamentos, João Mendes Júnior irá formular a teoria do Indigenato que será explicada em tópico futuro, e que servirá de base para a regulamentação do direito territorial originário disposto na Constituição Federal de 1988.

O que se nota do período colonial, é que a imposição portuguesa não compreendeu apenas a tomada das terras “descobertas”, envolveu também na tentativa de extinção dos povos tradicionais pela imposição do abandono da cultura, língua, crenças e tradições dos povos indígenas, forçando-os a se “civilizar”.

1.2 PERÍODO IMPERIAL

A Proclamação da Independência ocorreu no ano de 1822 e os seus ideais foram influenciados pela Revolução Francesa. Buscava-se construir uma nova sociedade livre e autônoma, com ideias e objetivos próprios. Entretanto, os direitos indígenas sofreram um retrocesso, visto que a autonomia e cidadania dos indígenas passou a ser vista de forma negativa.

Passou a ser considerado problemático existir uma nação dentro de uma outra nação, assim durante a Assembleia Constituinte realizada em 1823, o deputado Montesuma, com apoio dos constituintes declarou: “não são brasileiros no sentido político em que se toma; elles não entram connosco na família que constitui o império” (CUNHA, 1987).

Contrariamente ao ideal apoiado pelo deputado, havia também aqueles que defendiam os direitos indígenas, José Bonifácio de Andrada e Silva também apresentou uma proposta à Assembleia Constituinte e defendeu a necessidade de se construir uma política indigenista nessa nova ordem política que assegurasse aos indígenas o seu direito legítimo à terra, apontando, inclusive, que os neo-brasileiros seriam usurpadores (LOPES; MATTOS, 2006).

Entretanto, ainda que a Constituição de 1824 tenha marcado o nascimento de uma nova estrutura de poder e governança, abordando questões essenciais como o funcionamento do governo, as formas de poder, a religião oficial do país, o estabelecimento do voto, dentre outros, houve uma omissão completa quanto aos direitos indígenas.

No ano de 1845 foi promulgado o Regimento das Missões de Catequese e Civilização dos Índios, regulamentando a catequização e civilização dos indígenas nas aldeias e missões. Novamente, observa-se o governo incentivando uma política assimilacionista. Isto é, ignora-se as particularidades e as problemáticas de interesse dos nativos, forçando-lhes a se incorporarem a esse novo estado, impondo o dever de se tornarem “cidadãos civilizados” que pudessem servir como trabalhadores eficientes (ALMEIDA, 2012).

Apenas em 1850, com a edição da Lei das Terras (Lei nº 601 de 1850), a questão da terra indígena voltou a ser abordada pelo governo. Essa lei objetivava regulamentar e organizar o estado das terras. Instituiu-se o conceito de terras devolutas, que seriam pertencentes ao Estado, e estabeleceu que a aquisição de novas terras deveria obedecer a requisitos legais.

Foi estabelecido no artigo 12 deste regulamento que parte das terras devolutas seriam reservadas para a colonização dos indígenas. Nota-se que esse dispositivo não adotou a ideia

de que as terras a serem ocupadas pelos indígenas seria decorrente do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos tradicionais, o Estado apenas reservaria do seu patrimônio para ocupação indígena (LOPES; MATTOS, 2006).

Com intuito de regulamentar a execução da Lei nº 601/1850 foi promulgado o Decreto nº 1.318 de 1854. Nele o legislador determinou que seriam reservadas terras devolutas para colonização (art. 72) e que essas terras seriam destinadas ao usufruto exclusivo dos indígenas, não sendo permitida a alienação enquanto “permitisse o seu estado de civilização” (art. 75).

Nota-se que havia indícios de preocupação do trato do indígena e a sua conseqüente inserção na sociedade como sujeitos de direito. Entretanto, não havia consideração aos seus aspectos culturais e identitários. O indígena deveria sofrer uma transformação para se tornarem sujeitos e então terem direitos.

1.3 PERÍODO REPUBLICANO

No dia 15 de novembro de 1889 proclamou-se a República e conseqüentemente foi iniciado o processo de elaboração de uma nova constituição. Assim, em 1890 é publicado um projeto de Constituição que já no seu artigo primeiro prevê a proteção das sociedades indígenas e o direito à não violação dos seus territórios. Contudo, a Constituição de 1891 foi publicada sem que houvesse citação dos indígenas em seu texto (LOPES; MATTOS, 2006).

Por sua vez, a Constituição de 1934 tratou os indígenas como silvícolas, estabeleceu que era competência privativa da União legislar sobre a incorporação deles à comunhão nacional (art. 5º, inciso XIX, alínea “m”) e determinou que deveria ser respeitado de forma permanente a posse de terra aos indígenas onde se encontrassem, vedada a alienação. Pontes de Miranda (1937) tece o seguinte comentário acerca desse dispositivo:

(...) respeita-se a ‘posse’ do silvícola, posse a que ainda se exige a localização permanente. O juiz que conhecer alguma questão de terras deve aplicar o art. 129, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou conste dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exiba título de domínio. Desde que há a posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o quis a Constituição, e que qualquer alienação de terras por parte de silvícolas ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula. (...) A proibição da alienação tem como conseqüências: a) a nulidade absoluta de qualquer acto de disposição, incluídos os que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse (uso fruto, garantia real, locação) (...) (PONTES DE MIRANDA, 1937, p. 348-349).

A Constituição de 1937 é decorrente de um golpe de estado dado por Getúlio Vargas e no que se refere ao direito indígena, não há inovação, apenas são mantidos os dispositivos legais previstos na constituição anterior. O mesmo processo ocorre com a Constituição de 1946 que também preserva as disposições.

Já a Constituição de 1967 surge da ditadura instaurada pelos militares em 1964. Nela é mantida as previsões do texto anterior e acrescenta que as terras ocupadas pelos silvícolas (indígenas) são bens da União (art. 4º, inciso IV). Afirma também que seria assegurado aos indígenas o direito de posse permanente das terras que habitavam e reconhecem o direito de usufruto exclusivo dos recursos naturais e utilidades existentes (art. 186).

Importante destacar que a esse texto foi adicionada a Emenda Constitucional nº 01 de 1969, assim, ficou estabelecido que os efeitos jurídicos decorrentes de atos cujo objeto era sobre o domínio, posse ou ocupação de terras indígenas seriam nulos e extintos. Determinou-se, inclusive, que não haveria indenização dos ocupantes irregulares pela União e pela Fundação Nacional do Índio (art. 198).

Em 19 de dezembro de 1973 foi promulgado o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001). Ele trouxe novas perspectivas, considerando que abordou a necessidade de se realizar estudos prévios acerca da demarcação e do Estado realizar um levantamento das terras indígenas (SOUZA LIMA, 2005, p. 51).

Entretanto, o que se nota é uma contradição logo nos primeiros artigos, pois define que a União, os Estados e Municípios deverão promover a proteção das comunidades indígenas e também defenderão os seus direitos. Porém, estabelece que haverá um processo para integrar o índio à comunhão nacional.

Percebe-se que o Estatuto, ao defender práticas assimilacionistas, mostra-se um instrumento de desarticulação sociocultural, isto é, a imposição de que o indígena deve integrar à comunhão nacional, pode comprometer a autodeterminação étnica das comunidades indígenas (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 33).

Sendo assim, é possível notar que o Estatuto, embora tenha trazido avanços sob a perspectiva do direito territorial dos povos tradicionais na sociedade, carrega também um ideal controverso de que o indígena deve se integrar na sociedade, após um processo de “civilização”, ou seja, sem preservar a sua identidade étnica e cultural. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 revogou alguns dispositivos e inaugurou uma nova perspectiva.

1.3.1 A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 reconhece que existe no país um pluralismo étnico e modifica o ideal adotado pela política indigenista que adotava o assimilacionismo como perspectiva norteadora. Assim, considera-se o território como um elemento fundamental e central na identidade indígena (APARÍCIO, p. 2018, 29).

Sendo assim, fixa-se no ordenamento jurídico o entendimento de que a terra é parte essencial da proteção dos direitos indígenas. Nas palavras de Souza Filho (2005, p. 119): “O direito à terra, entendida como o espaço de vida e liberdade de um grupo humano, é reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos”.

A Constituição dedica o Capítulo VIII exclusivamente aos indígenas. O art. 231 reconhece a organização social, os costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras ocupadas tradicionalmente (art. 231, *caput*). Trata-se de uma ferramenta para abranger a cosmovisão indígena (APARÍCIO, p. 2018, 34).

Define-se também no texto constitucional que o território não se limita ao mero meio de subsistência, mas que carrega consigo características intrínsecas a própria definição do que é indígena e a preservação da sua cultura, como estabelecido no artigo 231, parágrafo 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 (BRASIL, 1988).

Dessa forma, Souza Filho (2012, p. 121-122) faz uma crítica ao conceito de terra adotado pela Constituição Federal, pois “(...) esconde a realidade de um direito muito profundo dos povos, que é o direito ao território”. Segundo o autor, isso se justifica pela relação existente entre povo e território, atrelado a soberania estatal, ele faz uma metáfora de que a Constituição ao fazer essa definição estaria buscando “guardar um balão na gaveta”.

O parágrafo 2º repete uma determinação já prevista em constituições anteriores, definindo que as terras tradicionalmente ocupadas são destinadas à posse permanente e que o direito ao usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos é de exclusividade dos indígenas. No parágrafo 3º é previsto que apenas o Congresso Nacional com oitiva das comunidades afetadas pode autorizar que terceiros se aproveitem dos recursos ali presentes.

A análise do parágrafo 4º desse dispositivo permite concluir que às terras indígenas será atribuído o regime jurídico dos bens públicos, ou seja, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis. Ferreira (2002, p. 577) assim as define:

As terras habitadas tradicionalmente pelos índios constituem bens públicos federais e são por consequência intangíveis. A Constituição prescreve que tais terras são inalienáveis e indisponíveis, bem como imprescritíveis os direitos sobre elas. Assim sendo, as terras ocupadas pelas comunidades indígenas caracterizam-se por sua inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Também as terras indígenas são imunes à ação expropriatória do Poder Público, conforme a Lei federal no 6.001/73, art.38. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constituem res extra commercium, uma vez que não podem ser objeto de arrendamento, ato ou negócio jurídico restritivo do pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas (FERREIRA, 2002, p. 577).

Uma questão interessante a ser observada é a disposição do parágrafo 5º que veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras, exceto quanto o Congresso Nacional aprovar e se tratar de situações de catástrofe ou epidemia que bote em risco a população ou quando for de interesse nacional, sendo que em ambos os casos, assim que cessar o risco será determinado o retorno imediato.

Esse trecho demonstra uma mudança na forma como os indígenas passaram a ser observados pelo governo brasileiro, visto que o regulamento de 1845 defendia o regime do aldeamento que nada mais era do que locais com religiosos missionários, cuja tarefa era catequizar e adaptar o índio para conviver na sociedade brasileira (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 28).

Já o parágrafo 6º dispõe que serão nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, domínio e posse das terras indígenas e declara que a nulidade e a extinção não acarretam o direito à indenização ou ação contra a União, exceto quando se tratar de benfeitorias derivadas da boa-fé. Esse tópico em específico será tratado com mais especificidade no capítulo subsequente.

A esse respeito, Souza Filho (2005) expõe a seguinte consideração:

Utilizando institutos jurídicos existentes e complexos, como a diferença entre posse e propriedade, a lei brasileira logrou criar uma situação especial para os povos indígenas e seus territórios, fazendo-os de propriedade pública, estatal, e posse privada, mas coletiva, não identificável individualmente. O conceito jurídico de terra indígena, portanto, foi construído a partir da realidade, a ocupação da área pelo povo indígena, mas caracterizou-a como um atributo jurídico, a posse. No sistema jurídico brasileiro atual, a terra indígena é propriedade da União Federal, mas destinada à posse permanente dos índios, a quem cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (SOUZA FILHO, 2005, p. 121).

O parágrafo 7º determina que as disposições previstas nos parágrafos 3º e 4º do artigo 174 da Constituição não se aplicam às terras indígenas que trata acerca do Estado favorecer a atividade garimpeira em cooperativas. Por conseguinte, o art. 232 indica que os indígenas, as comunidades e as organizações serão partes legítimas para ingressar em juízo e que o Ministério Público atuará como interventor.

Outro ponto que merece destaque é a previsão disposta no art. 20 da Constituição Federal determinativa de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são bens da União, de modo que elas possuem como característica serem uma propriedade vinculada ou reservada para garantir proteção aos direitos indígenas (LOPES; MATTOS, 2006, p. 227).

O que se percebe com a promulgação da Constituição de 1988 é que houve uma mudança de paradigma. Ao contrário do que se tinha tentado nos outros períodos, o indígena é considerado em sua essência. O Estado deixa de impor a “civilização” como requisito para ser sujeito de direito e estabelece que os direitos indígenas são especiais e os conceitos puramente jurídicos não são suficientes para a sua compreensão.

O texto constitucional expõe que é necessária uma conceituação multidisciplinar da identidade indígena e do papel da terra na vida dos povos originários. Sendo que essas questões são fundamentais para o processo de demarcação e consideradas pelos julgadores nas disputas envolvendo conflitos fundiários.

Nota-se que há uma preocupação em buscar, ainda que de forma tardia, modos de reparar toda a injustiça e prejuízos que os povos indígenas sofreram com as invasões europeias no século XVI e as consequências que perduram ao longo do tempo. O processo de demarcação e o direito encontram-se constitucionalmente protegidos. Entretanto, os conflitos ainda são recorrentes e é constante a tentativa de retrocesso, por ações judiciais e propostas de leis e emendas que visam suprimir direitos conquistados dificultosamente.

1.3.2 Direito Internacional

A questão indígena também já foi pauta de discussão nos órgãos internacionais. A Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho de 1957 e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho de 1989 buscam definir o conceito de “índio” e “comunidade indígena”.

A segunda convenção foi ratificada pelo Brasil em 25/07/2003 e aprovada por intermédio do Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004, adquirindo o *status de norma*

supralegal no ordenamento jurídico brasileiro². Atualmente encontra-se no Decreto nº 10.088 de 2019, como Anexo LXXII. Essa norma, tem como um dos seus efeitos jurídicos, gerar a obrigação estatal em favor do indígena qual seja o sujeito, servindo como parâmetro de normas e atuação do Estado (FREITAS JÚNIOR, 2010, p.38).

No art. 1º, alínea “b”, item 2 consta que a identidade étnica deve ser considerada como um critério essencial na determinação dos povos indígenas. Assim, ela que país signatário da Convenção deve respeitar os seus direitos, os valores e costumes. Estabelece inclusive que eles têm a liberdade de decidirem sobre o seu futuro sem consultar o órgão estatal e que qualquer questão envolvendo as suas terras deve haver consulta (BARBOSA, 2007, p. 9).

Nota-se que nesta Convenção são abordadas questões relevantes acerca da proteção dos direitos indígenas como a preservação e participação dos povos nas decisões a serem tomadas pelo Estado, a defesa do pluralismo de crenças e de povos, autossuficiência e autonomia para eles se desenvolverem.

Outrossim, no ano de 2008 foi aprovada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, representando um avanço na conquista dos direitos em um aspecto global. Trata-se de documento que reafirma o respeito as singulares e diferenças dos povos indígenas e o dever dos Estados em protegerem os seus direitos.

É importante destacar que, no rol de justificativas que antecedem os artigos proclamados consta uma disposição que trata acerca da preocupação das nações quanto aos atrasos de desenvolvimento sofridos pelas populações indígenas decorrentes das inovações geradas pelo processo colonização e subtração territorial. Destaca-se que eles foram impedidos de exercer autonomia segundo seus interesses e necessidades.

Outros pontos interessantes acerca desta Declaração são: a) autodeterminação dos povos, é estabelecido que os povos indígenas são livres para desenvolver a sua cultura, economia e sociedade, eles têm direito à autonomia e autogoverno; b) direito ao consentimento livre, prévio e informado, esse aspecto é comum ao disposto na Convenção 169 da OIT e determina que os povos indígenas devem ser consultados sobre questões que sejam de seu comum interesse; c) direito à reparação pelos territórios tomados, ocupados, danificados ou utilizados sem a sua permissão e; d) direito de manterem à sua cultura.

Por fim, é importante destacar também a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas proclamada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) no ano de

² “O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (HC 95.967, rel. min. Ellen Gracie, 2ª T, j. 11-11-2008, DJE 227 de 28-11-2008).

2016 e que integra “*Ius Constitutionale Commune Latino-americano*” [10]. Ela traz considerações sobre a proteção aos direitos dos povos indígenas, afirma que eles contribuíram significativamente para o desenvolvimento das Américas. Trata sobre o dever de se respeitar o direito à identidade cultural indígena, direitos políticos, sociais, econômicos e de se organizarem.

É preciso frisar que, embora a Declaração Americana e a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU não possuam força vinculante, isto é, não são dotadas de obrigatoriedade, elas contêm dispositivos orientadores para a interpretação e aplicação de normas que abordam a temática indígena e representam parâmetros mínimos de tratamento que o Estado deve dar internamente aos povos indígenas.

2 DEMARCAÇÃO TERRITORIAL INDÍGENA E O DIREITO ORIGINÁRIO À TERRA

Conforme destacado no capítulo anterior, a definição de direito à terra dos povos indígenas e o processo de demarcação precisam considerar questões subjetivas como costumes, línguas, crenças e tradições para a sua concretização. Assim, ainda que o constituinte reconheça o direito originário à terra tradicionalmente ocupada, algumas questões são tidas como controversas e a sua definição só ocorre após o julgamento do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o objetivo deste capítulo é apresentar algumas definições sobre o conceito de terra para os povos indígenas, evidenciando o caráter especial que esse direito tem para os povos indígenas e que a sua defesa compreende à proteção de outros direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde, à educação, à segurança.

Também será analisado o processo de demarcação de terras e os conflitos resultantes desse procedimento sobre duas perspectivas. A primeira considerará as disputas violentas entre os indígenas e fazendeiros e como elas influenciam no panorama de vida do indivíduo diretamente afetado por essa violência.

A segunda irá tratar acerca das disputas que acarretam demandas judiciais a serem decididas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Os casos analisados contribuem para o entendimento sobre a concepção que o Poder Judiciário tem sobre o conceito de terras tradicionalmente ocupadas e sobre como deve ser dado o andamento do processo de demarcação, haja vista que as decisões repercutem em outros casos sobre a temática.

2.1 DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS E O CONCEITO DE INDIGENATO

A “terra indígena” deve ser observada por duas concepções diferentes. A primeira refere-se à construção jurídica construída historicamente após a invasão portuguesa que segundo Francisco de Vitoria (1998, p. 142) se justificava pela necessidade de universalização do cristianismo:

Se os bárbaros, tanto os senhores mesmos, como o povo, impedirem aos espanhóis de anunciar livremente o Evangelho, estes podem predicar mesmo contra a vontade daqueles, tendo a razão disto em evitar o escândalo, e podem procurar a conversão daquelas gentes, e se for necessário, aceitar a guerra ou declará-la por este motivo, até que deem oportunidade e segurança para predicar o Evangelho (DE VITÓRIA, 1998, p. 142).

Nota-se que o manejo da terra e o trato com os nativos ocorreu de forma separada, visto que ao indivíduo era imposto a conversão e formação dos aldeamentos, que eram unidades de ocupação territorial cujos objetivos era de civilizar o indígena e torná-lo disciplinado (OLIVEIRA FILHO, 1999, p. 11-36).

Entretanto, as terras foram objeto de distribuição aos colonos por intermédio da concessão das sesmarias que visava o cultivo das terras nuas recentemente “descobertas”. Esse processo findou-se em 1822, mas marca o início dos futuros latifúndios no Brasil (APARÍCIO, 2018, p. 31).

Conforme demonstrado nos tópicos anteriores, as Cartas Régias de 1609 e 1611 e o Alvará de 1680 reconheceram o direito originário à terra aos povos indígenas. Contudo, manteve-se o pensamento de que o indígena deveria ser convertido e integrado na sociedade. O Código Civil de 1916 tratava os indígenas como pessoas relativamente incapazes, cuja capacidade plena dependeria da integração na sociedade. Essa mudança de paradigma ocorreu com a promulgação da Constituição em 1988.

Entretanto, o que se nota é que atualmente o conceito de “terra indígena” construído juridicamente através dos aspectos históricos, vem sendo desconstruído politicamente, conforme analisa Thiago Cavalcante (2016, p.17):

O processo de construção do conceito de ‘terra indígena’ foi longo e juridicamente complexo. [...]. Há também, e sobretudo, grande mobilização de setores conservadores da sociedade, que pretendem suspender ou até revogar os direitos territoriais indígenas, ou ainda atribuir novos significados ao conceito, seja por meio de influência política direta na atuação do Poder Executivo federal, ou por iniciativas no âmbito do Congresso Nacional. [...]. É factível que no presente está em curso a desconstrução política de um conceito jurídico (Thiago Cavalcante, 2016, p.17).

A questão em tela não demanda uma abordagem puramente fática e política, a terra deve ser analisada a partir do estudo da etno-história do povo, considerando que para os povos indígenas esse assunto é mais profundo e complexo.

Desse modo, é preciso tratar da “terra indígena” sob uma perspectiva do indígena, visto que a questão territorial é intrínseca ao direito indigenista. Enquanto, a terra foi tratada

apenas como um meio de subsistência e de lucro, para os povos tradicionais envolve questões étnicas diretamente relacionadas à cultura, bem-estar, autonomia e dignidade.

Logo, a Constituição Federal de 1988 ao determinar que os direitos originários são referentes às terras ocupadas de forma tradicional e que deverão ser analisados a partir dos usos, costumes e tradições de cada grupo indígena, tem-se que a pluralidade de povos acarreta diversos modos de apropriação ou ocupação da terra (URQUIZA; NASCIMENTO, 2013, p. 55).

Entretanto, ainda que cada povo tenha um modo de apropriação e ocupação da terra, é preciso destacar que o ponto de congruência é que a terra não é vista apenas como meio de subsistência, conforme define Ramos (1994, p. 13):

Para as sociedades indígenas a terra é muito mais do que simples meio de subsistência. Ela representa o suporte da vida social e está diretamente ligada ao sistema de crenças e conhecimento. Não é apenas um recurso natural, mas – e tão importante quanto este – um recurso sociocultural (RAMOS, 1994, p. 13).

Logo, as normas que regulamentam e atuam na tutela das terras indígenas, não dizem respeito apenas aos conceitos de posse e propriedade do direito civil, trata-se de uma questão elementar ao próprio indivíduo, visto que o local onde os povos habitam englobam diversos aspectos da vida econômica, política, religiosa, espiritual e sociocultural (BENITES, 2022, p. 92-93).

O legislador constituinte ao determinar “que são reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” reconheceu o instituto do Indigenato no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, os direitos territoriais seriam preexistentes ao Estado brasileiros. Engloba questões que vão além da posse e propriedade adquiridas civilmente, refere-se a um direito congênito que nasce com o próprio indígena (BARBOSA, 2007, p. 6-7).

Deste modo, José Afonso da Silva (2014, p. 873-874) afirma que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal estabelecem a base dos direitos indígenas e consagram o Instituto do Indigenato no ordenamento jurídico brasileiro como “fonte primária e congênita da posse territorial”:

São terras da União vinculadas ao cumprimento dos direitos indígenas sobre elas, reconhecidos pela Constituição como direitos originários (art. 231), que, assim, consagra uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, como fonte primária e congênita da posse territorial, consubstanciada no art. 231, parágrafo 2 [...] (SILVA, 2014, p. 873-874).

O instituto, apesar de previsto na atual constituição brasileira, é preciso apontar que ele não foi inaugurado em 1988. O Alvará de 01 de abril de 1680 e a Lei de 06 de junho de 1755 dispuseram em seus dispositivos de que as terras seriam reservadas aos índios, pois eles seriam os senhores primários e naturais delas (SILVA, 2014, p. 876).

Segundo Barbosa (2007) esse instituto inaugura uma nova visão sobre a terra:

Pelo indigenato, instituído pelo Alvará de 1680, o direito indígena à terra no Brasil é reconhecido como direito especial, absolutamente distinto do direito de quaisquer outros cidadãos, não integrando o sistema relativo aos direitos de posse e de propriedade, previstos pelo Código Civil, mas se constitui em direito autônomo, especial e independente do sistema geral. (...) O indigenato foi sempre considerado direito congênito e, portanto, legítimo por si, não se confundindo com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é fonte primária e congênita da posse territorial, enquanto a ocupação é título adquirido. ... A posse e a propriedade geram direitos para particulares. O indigenato é insuscetível de gerar direitos para os particulares. (BARBOSA, 2007, p. 08).

Souza Filho (1999, p. 125) afirma que esse instituto também esteve presente na Lei de Terras de 1850, haja visto que foi reconhecido uma “reserva” de terras indígenas:

[...] esta ‘reserva’ era, na verdade a reafirmação do indigenato, instituto da colônia, que nos vem desde 1680, com o alvará de 1º de abril, que garantia, quando das concessões de terras, sempre ‘reservado os direitos dos índios, primários e naturais senhores dela (SOUZA FILHO, 1999, p. 125).

O jurista João Mendes Júnior é considerado o patrono da teoria do indigenato brasileiro. Ele realizou três conferências na *Sociedade de Etnographia e Civilização dos Índios de São Paulo* no ano de 1902 teorizando sobre esse instituto e publicou em 1912 a obra *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*.

Dessa forma, Mendes Júnior (1912, p. 58-59) assim define:

O indigenato é um título congênito e a ocupação é título adquirido. Conquanto o indigenato não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na frase do Alvará de 1 de abril de 1680, ‘a primária, naturalmente e virtualmente reservada’ [...]. Por conseguinte, o indigenato não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem. O indígena, primariamente estabelecido, tem a sedum positio, que constitui o fundamento da posse; mas o indígena, além desse jus possessionis tem o jus possidendi, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado desde o Alvará de 1 de abril de 1680 como direito congênito. Só estão sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder de ocupante (artigo 3º da Lei de 18 de setembro de 1850) [...] relativamente aos índios estabelecidos, não há uma simples posse, há um título imediato de domínio; não há, portanto,

posse a legitimizar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado.

A partir disso, conclui-se que a ocupação realizada pelos europeus durante o período colonizatório é imprescindível de legitimação, visto que se trataria de um título adquirido. Já o estabelecimento dos povos originários e de seus sucessores torna dispensável essa legitimação, pois seria “*sedum positio*”. Isto é, configura-se por ser um título de domínio imediato que não está sujeito a outras formas de legitimação, já que é posse natural de quem está na terra (CALAFATE, 2016, p. 264).

Dessa forma, a Constituição Federal ao determinar que não será devido o direito à indenização aos possuidores de títulos dominiais de terras consideradas como originárias dos povos indígenas, impõe que o direito à posse e de usufruir dos recursos da área sempre foi dos seus donos naturais - indígenas -, mas que por ocasião alheia a sua vontade, teve a sua terra tomada de forma injusta e transferida a terceiros. Assim, qualquer domínio decorrente desde ato é inválido e protege-se o direito originário à terra.

2.2 O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

A Constituição Federal de 1988 prevê no seu artigo 20, inciso XI que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios fazem parte dos bens da União. Entretanto, esse domínio não dá ao ente federativo o direito sobre a terra, ou seja, trata-se de uma forma de proteção do território em que não se permite alterar a destinação exclusiva ao indígena.

Por ser um direito originário e que preexiste ao próprio Estado, a demarcação poderia ser considerada dispensável para a tutela do direito. Entretanto, em razão dos conflitos e disputas territoriais, tem-se que a demarcação é apenas uma forma de assegurar o direito e não condicionante. É um mecanismo para maior segurança e proteção (BARBOSA, 2007, p. 8)

Outro aspecto importante da Carta Magna é que, no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o legislador estabeleceu que, no prazo de cinco anos contados a partir da promulgação da constituição, a União deveria finalizar o processo de demarcação de terras indígenas.

Deste modo, pode-se dizer que a demarcação é um procedimento administrativo que objetiva delimitar qual extensão da determinada área corresponde à terra tradicionalmente ocupada e que conseqüentemente será tutela de forma especial de modo a garantir o direito previsto no art. 231 da Constituição (NUNES; ALMEIDA, 2013, p. 53).

O procedimento de demarcação está previsto na Lei nº 6001/73 e é regulamentado pelo Decreto nº 1775 de 1996. Determina-se que o órgão responsável será a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI). É definido que um grupo especializado, liderado por um antropólogo, realizará estudos de “natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação” (art. 2º, parágrafo 2º).

Dessa forma, o processo deve se iniciar a partir do momento em que a FUNAI tiver conhecimento de que há terra indígena a ser demarcada. A primeira etapa é a de identificação e delimitação que se inicia a partir de uma portaria do Presidente da FUNAI designando um grupo de servidores ou especialistas coordenado por um antropólogo e que será responsável por comprovar que a área preenche os requisitos necessários que servirá de base para fundamentação do processo.

O relatório elaborado por esse grupo poderá ser rejeitado, complementado ou aprovado pela FUNAI. Nesse último caso, no prazo de 15 dias será publicado um resumo do relatório no Diário Oficial da União e do respectivo estado, além de ser fixado na prefeitura. Assim, a publicidade do ato irá permitir que terceiros interessados apresentem contestação quanto ao foi apresentado.

A segunda etapa consiste na declaração. Após serem apresentadas objeções, a FUNAI terá o prazo de 60 dias para analisá-las, emitir um parecer e se for necessário encaminhar o processo ao Ministro da Justiça ou aprovar a demarcação e dar cumprimento ao reconhecimento da terra como indígena. O Ministro da Justiça também pode ordenar a realização de medidas para sanar eventuais vícios e aprovar o procedimento administrativo determinando a demarcação da área. Ela extingue títulos de propriedade de terceiros e autoriza a retirada dos ocupantes não indígenas.

Por fim, a quinta etapa é o registro que deve ocorrer no prazo de 30 dias após a publicação da homologação. A FUNAI irá promover o registro imobiliário.

A terceira etapa é a demarcação física que consiste em um estudo da área conjuntamente com o relatório produzido pelo grupo de trabalho para que se possa traçar os limites físicos. Já a quarta etapa é a homologação que ocorre após um decreto presidencial reconhecendo juridicamente a nova área como terra indígena.

O que se extrai deste regulamento é que a demarcação de terras é um processo complexo que exige um estudo específico e envolve a ação de um grupo especializado com apoio de variados entes para consagração do direito territorial. Destaca-se, inclusive, que o

espaço a ser delimitado não deve ser analisado por critérios unicamente espaciais, devem ser considerados aspectos multidisciplinares. Segundo Fabio Mura (2015, p. 112):

Podemos, assim, constatar a conformação de um campo de confrontos cuja natureza não é apenas de ordem técnica (procedimentos administrativos) ou científica (a análise antropológica da organização territorial indígena); ao contrário, a sua formação está profundamente ligada a fatores políticos e econômicos, em que aspectos ideológicos sobre como entender os direitos territoriais reverberam sobre questões postas no plano jurídico. Essa batalha coloca assim em jogo, e põe a nu, categorias analíticas produzidas pela Antropologia, pela História e pela Arqueologia, que são então confrontadas com aquelas nativas e as jurídicas em uma forma que, longe de ser simétrica, reforça lógicas hierárquicas, centradas em um senso comum específico, orientado a uma ideia de progresso e de desenvolvimento que se pensa ser universal (MURA, 2015, p. 112).

Tem-se, portanto, que essa análise antropológica visa justamente analisar a dinamicidade dos processos sociais e políticos dos quais estão sujeitos a indígena, é um local que está em constante ressignificação (APARÍCIO, 2018, p. 37).

Importante ressaltar que por ser direito originário, não há que se falar em desapropriação das terras, pois não é o caso de perda de propriedade por interesse estatal. O Estado ao reconhecer que a área é “terra indígena” a reconhece como tradicional. Desse modo, eventual direito de terceiros sobre o bem é nulo, conforme previsto no parágrafo 6º do art. 231, da Constituição Federal (NUNES; ALMEIDA, 2013, p. 55).

Ressalta-se que essa demarcação também não pode ser enquadrada como desapropriação indireta, tendo em vista que esse instituto é caracterizado pelo apossamento do bem pela União, sem observar os requisitos da declaração e do direito à indenização. Assim como na situação apontada anteriormente, o reconhecimento da área como tradicional acarreta a nulidade dos efeitos jurídicos de títulos de particulares.

2.3 CONFLITOS FUNDIÁRIOS

O Brasil é o país com uma das maiores concentrações fundiárias do mundo. A desigualdade na distribuição e posse de terras possui raízes históricas de ocupação de terras indígenas a partir de disputas violentas e com abundantes conflitos sociais e ambientais (SANTOS; AMADO, 2021, p.3).

Os conflitos no campo são reflexos de disputas de poder que geram injustiça agrária-ambiental à parcela do campesinato. Despejos, ameaças, invasões, ações de pistolagem e expulsões, forçam o deslocamento, o que pode acarretar as ocupações irregulares

com riscos ambientais e que não possuem acesso a direitos básicos como educação, saúde, segurança, moradia, entre outros. Expõe Malerba (2022, p. 31):

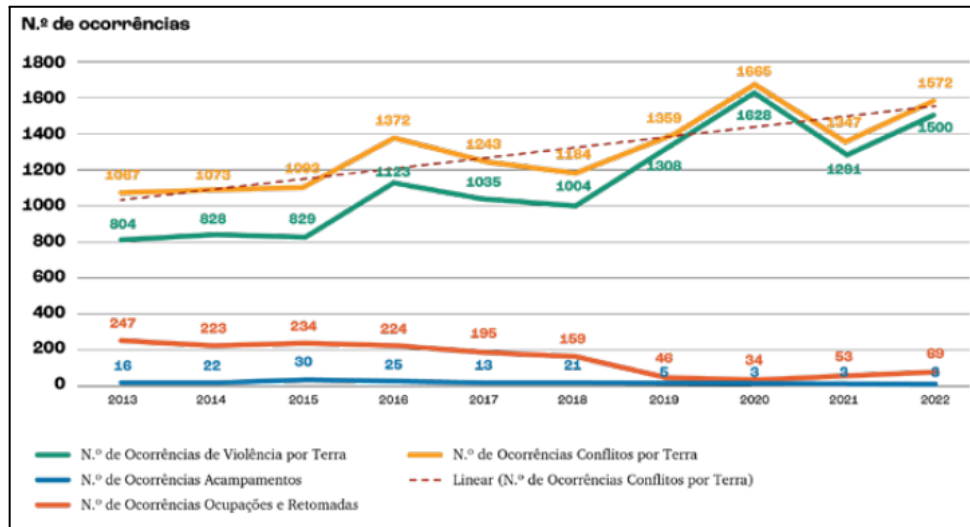
A insegurança fundiária e territorial acirra a disputa pela posse, motivando o uso da violência, e incentiva a atuação ilegal de atividades que geram desmatamento, contaminação e perda de biodiversidade. Além das ameaças, expulsões e assassinatos, os conflitos terminam por inviabilizar as formas tradicionais de uso e manejo da terra, impossibilitando a permanência e reprodução de quem tradicionalmente as ocupa. (...) A destruição da floresta, a contaminação das águas e as enfermidades impossibilitam o desenvolvimento das atividades tradicionais de subsistência (abertura de roçados, caça, pesca, coleta de frutos) nas comunidades, tornando-as mais vulneráveis às doenças, à violência e ao aliciamento provocados pela invasão garimpeira. As pressões da grilagem sobre trabalhadores(as) sem-terra, do agronegócio sobre as comunidades de fundo e fecho de pasto e das madeireiras sobre os indígenas na TI Araribóia expressam também a associação entre a insegurança fundiária/territorial e injustiça ambiental ao destruir ou impossibilita o acesso das comunidades aos bens naturais essenciais à produção de alimentos e à reprodução de suas territorialidades (MALERBA, 2022, p. 31).

Segundo dados obtidos na Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI)³ Atualmente há 736 terras indígenas registradas e elas correspondem a aproximadamente 13,75% do território brasileiro, há também 490 reivindicações sendo analisadas. Essas terras encontram-se em diferentes estágios no processo demarcatório: 132 estão em estudo; 48 foram delimitadas; 67 foram declaradas; 12 foram homologadas; 477 estão regularizadas e; 490 em análise.

A Comissão Pastoral da Terra (CPT) compilou dados correspondentes ao período de 2013 a 2022 acerca dos conflitos por terra no Brasil. Nota-se que houve um aumento no número de conflitos, em 2013 foi registrado 810 territórios em conflito e 64470 famílias em violência por terra, já em 2022 correspondeu a 1.050 territórios em conflito (aumento de 26,62%) e 178.688 famílias em violência por terra. Observemos:

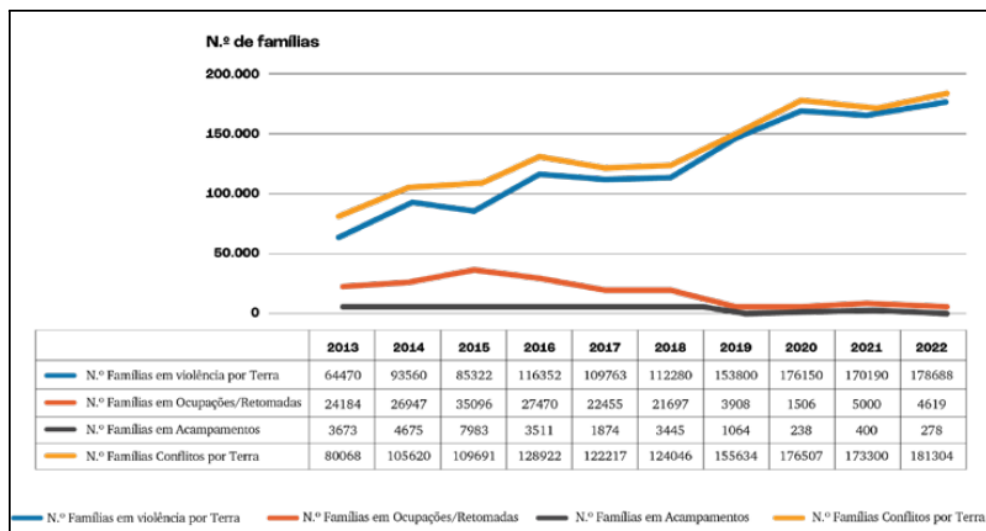
Gráfico 1 - Conflitos por terra no Brasil, 2013 a 2022

³ Demarcação: o que é?
<https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/terras-indigenas/demarcacao-de-terras-indigenas>



Fonte: Centro de Documentação (CEDOC) Dom Tomás Balduino/CPT, 2023

Gráfico 2 - Conflitos por terra no Brasil: número de famílias, 2013 a 2022



Fonte: Centro de Documentação (CEDOC) Dom Tomás Balduino/CPT, 2023

Convém destaca que as disputas territoriais e falta de vivência plena dos seus usos e costumes na sua terra também gera um alto índice de suicídios entre a população indígena, que se justifica pela seguinte perspectiva: “não têm futuro, não têm respeito, não têm trabalho e nem terra para plantar e viver. Escolhem morrer porque, na verdade, já estão mortos por dentro” (Conselho Indigenista Missionário, 2013, p. 79) (RANGEL, 2019, p. 30-31).

Sendo assim, verifica-se que os conflitos fundiários envolvem questões complexas diretamente relacionadas ao direito à dignidade dos povos indígenas, de modo que discutir o direito à terra e o direito à demarcação, é tratar de um assunto que envolve segurança pública,

direito à saúde, educação e demais direitos que englobam a personalidade e essência de cada indivíduo e povo indígena.

2.3.1 Relatório Figueiredo

O Relatório Figueiredo é um documento contendo apurações sobre matanças de comunidades indígenas, torturas e outras crueldades no país, cujos autores apontados eram latifundiários e funcionários do Serviço de Proteção ao Índio (SPI). O seu desaparecimento durou 45 anos, acreditava-se que ele havia sido queimado em um incêndio que atingiu o Ministério da Cultura. Entretanto, no ano de 2013 ele reapareceu no Museu do Índio, no Rio de Janeiro⁴.

O texto foi elaborado pelo procurador Jader de Figueiredo Correia a pedido do ministro do interior Albuquerque Lima. Nele constam relatos de extrema violência cometida contra os povos indígenas entre os anos de 1910 e 1967 e foi objeto do Relatório da Comissão Nacional da Verdade no ano de 2014, cujas apontamentos foram (BRASIL, 2014, p. 220):

O Relatório Figueiredo evidenciou essas torturas, maus tratos, prisões abusivas, apropriação forçada de trabalho indígena e apropriação indébita das riquezas de territórios indígenas por funcionários de diversos níveis do órgão de proteção aos índios, o SPI, fundado em 1910. Atestou não só a corrupção generalizada, também nos altos escalões dos governos estaduais, como a omissão do sistema judiciário (...)

O Relatório Figueiredo, em sua síntese, caracteriza como “genocídio” os episódios ocorridos na região entre os anos 1950 e 1960. “Jamais foram apuradas as denúncias de que foi inoculado o vírus da varíola nos infelizes indígenas para que se pudessem distribuir suas terras entre figurões do governo”, destaca o procurador (BRASIL, 2014, p. 220).

O que se nota é que a violência contra os povos tradicionais esteve presente em diversos momentos da história do Brasil e que por vezes foi justificada e amparada por ações do próprio Estado. Assim, quando se discute o direito à indenização dos possuidores de títulos dominiais, sob a justificativa de que a posse desses terceiros ocorreu de boa-fé e amparada por mecanismos estatais, é preciso considerar também que, em se tratando de direitos indígenas, nem sempre a ação estatal ocorreu de forma justa e respeitando as partes envolvidas.

2.4 AS DISPUTAS TERRITORIAIS NO JUDICIÁRIO

O conceito de terra indígena e o próprio direito originário à terra tradicionalmente ocupada foi construído ao longo dos anos. Ainda que a sua definição conste no texto constitucional e haja um regulamento acerca do processo de demarcação. Algumas questões ainda são tidas como controversas e exigem atuação do poder judiciário nas soluções das demandas.

2.4.1 Terra Indígena Xucuru/PE

O caso “Povo Xucuru e seus membros vs. Brasil” foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no ano de 2018. A decisão final foi pela condenação do estado brasileiro em razão da demora excessiva no processo de demarcação da Terra Indígena Xucuru/PE.

Segundo consta, o processo de demarcação iniciou-se em 1989 e no ano de 2001 seria feito o registro em cartório, mas foi movida uma ação pelo oficial de registro de imóveis do município de Pesqueira/PE questionando aspectos formais do registro. A legalidade do registro foi reconhecida pela Justiça Federal em 2005.

Entretanto, ainda que houvesse uma resolução final, não foi realizada a desintrusão da área, isto é, a área foi reconhecida como tradicional, porém, várias ações de reintegração de posse foram movidas impedindo que o povo indígena ocupasse a terra que é deles por direito.

A Corte, ao julgar o caso, entendeu que o Brasil era responsável pela violação do direito à duração razoável do processo, violação da proteção judicial e do direito à propriedade coletiva.

A decisão sinalizou pela adoção do instituto do indigenato, visto que foi feita uma recomendação ao Estado para que o ato de demarcação considerasse aspectos imateriais, como a identidade e ancestralidade do povo indígena e não puramente temporais. Também definiu que deveria ser concluído o processo de desintrusão e efetuado o pagamento das indenizações decorrentes das benfeitorias.

2.4.2 O Estado de Mato Grosso e a Terra Indígena do Xingu

Esse caso foi iniciado a partir do ajuizamento das Ações Cíveis 362 e 366 pelo estado do Mato Grosso. Alegou-se que determinadas áreas indígenas como a Terra Indígena do Xingu eram devolutas e de domínio estatal. Assim, o repasse desses territórios à particulares teria gerado título de propriedade privada. Então, quando a região foi reconhecida como

território indígena, a União e a FUNAI deveriam indenizar o estado por desapropriação indireta.

A União, a FUNAI e o Ministério Público Federal defenderam que o laudo antropológico classificou aquela região como Terra Indígena. Portanto, por se tratar de uma área de ocupação tradicional, os efeitos jurídicos de atos referentes a sua ocupação, domínio ou posse são nulos e extintos, não havendo direito adquirido sobre a propriedade.

No Supremo Tribunal Federal (STF), o Ministro Relator Marco Aurélio foi definitivo em sua fundamentação ao ressaltar que ao serem reconhecidas como indígenas as terras não poderiam ser classificadas como devolutas, pois o fator que a define é justamente a ocupação tradicional. Logo, se elas eram ocupadas historicamente pelos povos originários é incompatível defender que elas eram simultaneamente de titularidade do estado de Mato Grosso.

2.4.3 Terra Indígena Raposa Serra do Sol

No ano de 1977 iniciou-se o processo administrativo para delimitação da Terra indígena Raposa Serra do Sol. Apenas em 1993 a FUNAI reconheceu que 1.678.800 hectares seria terra tradicional, sendo demarcada no ano de 1999, sob a Portaria de nº 820. Dada a extensão da área, foram movidas diversas ações buscando retirar os índios desta terra e foram concedidas liminares determinando essa retirada.

Então, a FUNAI e o Ministério Público Federal moveram uma Reclamação Constitucional perante o Supremo Tribunal Federal (STF) visando a suspensão e o sobrestamento dessas medidas cautelares. O STF concedeu a medida e avocou a competência para julgar casos acerca desse tema.

Assim, no ano de 2005, o Ministério da Justiça editou a Portaria nº 534 sanando vícios decorrentes do processo de demarcação em trâmite desde 1977 e extinguindo a Portaria nº 820. O Presidente homologou a demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol em 15 de abril de 2005. Dessa forma, o STF extinguiu as ações em trâmite sob a justificativa de perda de objeto (extinção da portaria que motivou a demanda).

Posteriormente, foi movida uma ação popular (Pet 3.388) buscando a declaração de nulidade da Portaria nº 534 e do decreto presidencial que homologou a demarcação. O STF indeferiu o pedido formulado, confirmando a validade da demarcação. Entretanto, na fundamentação da decisão, foram estabelecidas 19 condicionantes que não beneficiaram os indígenas (FREITAS JUNIOR, 2010, p. 162)

Uma das condições prevê que “é vedada a ampliação de área indígena já demarcada”. Esse aspecto é preocupante, pois deixa a entender que a terra indígena está sujeita a um marco temporal, determinando-se que a população indígena que não estivesse na área até a promulgação da constituição em 1988, não teria direito a demarcação de terra (APARÍCIO, 2018, p. 108).

Entretanto, é importante destacar também que no voto proferido pelo Ministro Menezes Direito (2014), foi pontuada a estreita relação entre os aspectos culturais e identitários do povo com a sua terra:

Não há índio sem-terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição. Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as (Pet 3388 ED, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23-10-2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 03-02-2014 PUBLIC 04-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00057).

Mostra-se que foi analisada as perspectivas da terra e outros particulares dessa situação e ainda que em seu voto, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso tenha fundamentado que a decisão possuía força vinculante, e que não se estenderia automaticamente a outros processos de matéria similar, foram movidas outras ações contendo o “marco temporal” como delimitador no processo de demarcação.

2.4.4 O Recurso Extraordinário nº 219.983 e a Tese do Marco Temporal

A tese do Marco Temporal defende a ideia de que o direito territorial indígena só seria sobre as terras que estivessem ocupadas em 05 de outubro de 1988, data de promulgação da Constituição Federal. Ela encontraria respaldo legal na Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal que prevê: “Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”.

O precedente deste julgado é o RE 219.983. Neste caso, a União alegava que de determinadas terras situadas nos municípios de Guarulhos/SP e de Santo André/SP lhe pertenceria, em razão da extinção dos aldeamentos indígenas que ali se situavam e teria o domínio pleno sobre as terras.

A tese do Marco Temporal defende a ideia de que o direito territorial indígena só seria sobre as terras que estivessem ocupadas em 05 de outubro de 1988, data de promulgação da

Constituição Federal. Ela encontraria respaldo legal na Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal que prevê: “Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”.

O precedente deste julgado é o RE 219.983. Neste caso, a União alegava que determinadas terras situadas nos municípios de Guarulhos/SP e de Santo André/SP lhe pertenceria, em razão da extinção dos aldeamentos indígenas que ali se situavam e teria o domínio pleno sobre as terras.

Em seu voto, o relator, Ministro Marco Aurélio, destacou que as terras indígenas estão postas como bens da União para que o ente realize a demarcação, proteção e faça serem respeitados os seus bens. Trata-se de uma forma de preservação da segurança jurídica e afirmou que a posse dos indígenas deveria ser atual.

Afirmou que a área dos autos não corresponderia aos bens determinados nos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal, isto é, a área em disputa não poderia ser considerada como bem da União, apenas pela justificativa de que, “em tempos memoráveis”, ela foi tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas. Ressaltou que concluir nesse sentido seria “asseverar que a totalidade do Rio de Janeiro consubstancia terras da União”. Nomeou como “efeito Copacabana”.

O Ministro Nelson Jobim, em seu voto, frisou que alguns requisitos deveriam ser observados para classificar uma terra como indígena. Ele citou o instituto do indigenato idealizado por João Mendes de Almeida e indicou que a terra indígena no Brasil seria composta por quatro elementos distintos dispostos no art. 231 da Constituição.

O primeiro elemento compreende os índios estarem em posse da área a ser demarcada (“*São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente...*”). O segundo elemento consiste em verificar a forma com a qual a sociedade sobrevive e o papel da terra nesse aspecto (“*... as utilizadas para suas atividades produtivas...*”).

O terceiro elemento exige que a área a ser demarcada seja imprescindível à preservação de recursos ambientais (“*... as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais a seu bem-estar...*”). O quarto elemento trata de aspectos subjetivos, haja vista que a área a ser demarcada deve ser necessária à reprodução física e cultural, segundo os usos, costumes e tradições (“*... e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições*”).

Assim, os adeptos dessa tese defendem a sua aplicação imediata e irrestrita a todo e qualquer caso. Eles frisam que a ocupação territorial deve ser atual e permanente. Não

podendo ser considerada terra indígena aquela que foi ocupada em um passado remoto, mas que o aldeamento está extinto. Afirmam que só poderia ser considerada terra indígena, o local ocupado até o momento da promulgação da constituição.

Posteriormente, esse entendimento foi aplicado no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.125 de relatoria do Ministro Décio Miranda (1978):

Aferido que as terras em causa não são ocupadas por silvícolas, ou já não o eram desde os idos de 1960, que parece ter sido a época de sua transmissão a particulares pelo Estado de Mato Grosso, os títulos dos impetrantes, a admitir que tenham regularmente essa origem, sobrenadariam à impugnação que se lhes viesse a fazer sob esse aspecto. Verificado, porém, que a aquisição originária, ou as que se lhe seguiram, coincidem com a regular ocupação indígena, os títulos dos impetrantes perderão a força que acaso formalmente tenham. - Mandado de Segurança. - Alegação de inconstitucionalidade do art. 68 do Decreto 79.037/76, que regulamentou a Lei 6.367/76. Impetração contra ato normativo em tese. Aplicação da Súmula 266. - Mandado de segurança não conhecido (MS 20125, Relator(a): RODRIGUES ALCKMIN, Tribunal Pleno, julgado em 13-02-1978, DJ 10-03-1978 PP-01172 EMENT VOL-01087-01 PP-00048)

Entretanto, Luiz Henrique Eloy é contrário ao marco temporal, reforçando que o direito à terra é um direito originário e afirma "a Constituição trouxe o conceito de terra tradicionalmente ocupada. Nele, existem quatro elementos que caracterizam a tradicionalidade, e nenhum desses elementos trabalha com a temporalidade" (AMADO, 2021, não paginado).

Consoante a esse entendimento destaca Paulo de Bessa Antunes (1998, p. 03):

A Constituição de 1988 não criou novas áreas indígenas. Ao contrário, limitou-se a reconhecer as já existentes. Tal reconhecimento, contudo, não se cingiu às terras indígenas já demarcadas. As áreas demarcadas, evidentemente, não necessitavam do reconhecimento constitucional pois, ao nível da legislação infraconstitucional, já se encontravam afetadas aos povos indígenas. O que foi feito pela Constituição foi o reconhecimento de situações fáticas, isto é, a Lei Fundamental, independentemente de qualquer norma de menor hierarquia, fixou critérios capazes de possibilitar o reconhecimento jurídico das terras indígenas. Não se criou direito novo. É preciso estar atento ao fato de que as terras indígenas foram pertencentes aos diversos grupos étnicos, em razão da incidência de direito originário, isto é, direito precedente e superior a qualquer outro que, eventualmente, se possa ter constituído sobre o território dos índios. A demarcação das terras tem única e exclusivamente a função de criar uma delimitação espacial da titularidade indígena e de opô-la a terceiros. A demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira (ANTUNES, 1988, p, 03).

O que se nota é que o caso dos autos é específico e não se refere ao processo de demarcação e reconhecimento de direito originário. Na verdade, tenta-se criar uma escada com os direitos indígenas para concluir uma usucapião. Desse modo, a interpretação e aplicação dessa súmula deve ocorrer apenas em processos semelhantes (SANTOS FILHO, 2005, p.2).

É importante ressaltar que no julgamento da Ação Cível Originária nº 323, definiu-se que a mera ausência de indígenas na área disputada não era suficiente para afastar a proteção especial prevista na constituição. Era necessário observar se essa ausência decorria da vontade do grupo ou de esbulho⁵:

Registro, particularmente, a circunstância de, à época em que o Estado expediu os títulos de domínio, ora objeto da ação, essas terras já eram, sem dúvida alguma, pertencentes ao domínio da União, por força do art. 4º, inciso IV, da Constituição de 1967. Tratava-se de terras ocupadas por índios ao longo do tempo e se houve remoção, como ficou demonstrado nos autos, de forma violenta, isso não as descaracterizou como terras de índios. Não estava o Estado, de forma alguma, habilitado a proceder à alienação de terras que já pertenciam, por força de dispositivo constitucional, à União Federal.” (ACO 323, relator Min. Francisco Rezek, DJ 8.4.94).

Assim, o que se nota desses julgamentos é que os direitos indígenas não podem ser observados de um mesmo prisma. Há fatores em comum nos povos e processo de demarcação, mas certos parâmetros não podem ser utilizados desconsiderando toda a questão histórica, política e social que envolve os povos indígenas no Brasil.

2.4.5 O Julgamento do Tema 1.031 no STF

O julgamento do Tema 1.031 no STF novamente trouxe à discussão a fixação da tese do marco temporal. Trata-se de um recurso extraordinário (RE nº 1.017.365) interposto pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) em face de um acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que manteve a sentença procedente da ação de reintegração de posse ajuizada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente (FATMA) contra os povos indígenas da etnia Xokleng.

A demanda possessória proposta pela FATMA fundamentou-se na alegação de que ela seria a legítima possuidora do imóvel localizado na comarca de Itaiópolis/SC e integrante da

⁵ Segundo o dicionário Oxford, esbulho é o ato de usurpação pelo qual uma pessoa é privada, ou espoliada, de coisa de que tenha propriedade ou posse.

Reserva Biológica Estadual do Sassafrás que foi criada em 1977 e teria sido ocupada por indígenas no dia 13 de janeiro de 2009.

Em contrapartida, a FUNAI argumentou que a área em questão é de ocupação tradicional indígena e que a Portaria nº 1.128 de 13 de agosto de 2003, do Ministério da Justiça. Na data foi declarado que os grupos indígenas Xokleng, Kaingang e Guarani teriam a posse permanente da agora Terra Indígena Ibirama - La Klanõ. Assim, a sentença, ao determinar a reintegração de posse a terceiros não indígenas, representaria uma clara violação ao artigo 231 da Constituição Federal.

Novamente foi levantada a questão do marco temporal e embora já tivesse sido concluído o processo de demarcação e a terra tenha sido reconhecida originária indígena, uma decisão do Poder Judiciário desconsiderou esse processo e determinou a reintegração de posse aos terceiros possuidores de títulos dominiais.

O relator, ministro Edson Fachin, votou contra a fixação do marco temporal. Para ele, a data da promulgação da Constituição Federal, 05 de outubro de 1988, não poderia ser o ponto de partida para averiguação dos direitos de posse dos indígenas sobre a terra. Ele pontuou que o direito discutido se trata de um direito fundamental, ou seja, uma cláusula pétrea. Portanto, é imutável, sequer sendo permitida a alteração via emenda constitucional.

Fundamentou que o direito territorial é originário e a sua concretização não depende do estabelecimento de um marco temporal, configuração do esbulho renitente (conflito possessório que perdura ao longo dos anos) ou controvérsia judicial persistente. É necessário que a posse seja analisada sob a perspectiva da tradicionalidade do povo indígena, não cabendo aplicação dos conceitos de posse e propriedade do direito civil.

O ministro mostrou preocupação quanto à situação fundiária crítica do Brasil, em decorrência dos conflitos existentes e que perduraram ao longo dos anos. Reconheceu a complexidade da situação dos produtores rurais de boa-fé que adquiriram títulos dominiais de terras demarcadas, mas reforçou que devido ao princípio da segurança jurídica, normas constitucionais (art. 231 da CF) não poderiam ser descumpridas, principalmente as que asseguram direitos fundamentais, como é o caso do direito originário à terra indígena.

Contrário ao voto do relator, o ministro Kassio Nunes votou pelo estabelecimento da promulgação da Constituição Federal como marco temporal para definir se a ocupação da terra pelos indígenas é originária. Segundo a sua fundamentação, a posse originária não poderia ser confundida como posse imemorial, para ele, apenas as terras ocupadas na época da promulgação da Constituição ou as que foram objeto de esbulho (expulsão devido à conflito possessório) seriam consideradas originárias indígena.

Argumenta que o constituinte, ao estabelecer o prazo de cinco anos para União demarcar as terras indígenas (art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) teve a intenção de determinar um marco temporal. Por esses motivos, ele entendeu que a posse indígena no processo dos autos seria indevida, pois não foi provado que a ocupação territorial estaria presente no dia 05 de outubro de 1988.

Por sua vez, o ministro Alexandre de Moraes, também votou contra a fixação da tese do marco temporal. Entretanto, em seu voto, o ministro defendeu a possibilidade de se indenizar o possuidor de títulos dominiais de terras demarcadas como indígenas. Vejamos:

(...)

III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;

IV - Inexistindo a presença do marco temporal CF/88 ou de renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada que tem haver por objeto a posse, o domínio, ou a ocupação de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nela existentes, assistindo ao particular direito à indenização prévia, em face da União, em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, tanto em relação à terra nua, quanto às benfeitorias necessárias e úteis realizadas;

V - Na hipótese prevista no item anterior, sendo contrário ao interesse público a desconstituição da situação consolidada e buscando a paz social, a União poderá realizar a compensação às comunidades indígenas, concedendo-lhes terras equivalentes às tradicionalmente ocupadas, desde que haja expressa concordância;

(...)

Um ponto questionável da decisão do ministro é condicionar o processo de demarcação a uma indenização prévia em relação à terra nua. Propõe que seja feito o pagamento em dinheiro ou títulos da dívida agrária, na forma que for de interesse do beneficiário. É importante destacar que essa hipótese é muito similar a Proposta de Emenda nº 132/2015 analisada no capítulo seguinte.

Frisa-se que a tese do marco temporal foi rejeitada por maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, o voto do ministro Alexandre de Moraes trouxe abertura para a possibilidade de se atrelar a indenização aos possuidores de títulos dominiais no processo de demarcação, conforme busca a PEC nº132/2015.

3 A PEC 132/2015 E O DIREITO À INDENIZAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 definiu no parágrafo 6º do art. 231 que serão nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas. Assim, o reconhecimento de determinada área como tradicional não gera direito à indenização da União ou da FUNAI em favor daquele que teve a propriedade que estava sob sua posse demarcada.

Entretanto, está em trâmite na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição nº 132/2015 que visa alterar o dispositivo constitucional supramencionado de modo a garantir direito à indenização a todos os possuidores de títulos dominiais de terras homologadas como indígenas a partir de 5 de outubro de 2013 e que tenham adquirido à propriedade de boa-fé.

Assim, o presente capítulo busca esmiuçar o andamento da PEC na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, analisando os pareceres emitidos pelos parlamentares contra e a favor da sua aprovação. Traçar o perfil dos parlamentares envolvidos em dar prosseguimento ao trâmite dessa proposta para entender os interesses por trás da sua aprovação e compreender também como tem atuado o Congresso Nacional no que se refere à proteção dos direitos indígenas.

3.1 A PEC nº 132/2015 NO SENADO FEDERAL

A proposta de emenda aqui discutida é de autoria do senador Paulo Bauer do PSDB-SC, cuja situação atual no *site* do senado é “aguardando criação de comissão temporária pela MESA⁶” e tem origem na Proposta de Emenda à Constituição nº 71/2011 que tramitou no Senado Federal entre 2011 e 2015.

A PEC 71/2011 foi aprovada pelo Plenário e remetida à Câmara dos Deputados no dia 15/09/2015. No seu texto inicial ela propõe que se altere o parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição e adicione o art. 67-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para permitir a indenização de possuidores de títulos dominiais relativos às áreas declaradas como indígenas expedidos até 05 de outubro de 1988.

A justificativa da proposta se refere à tentativa de proteger os atuais possuidores de títulos dominiais permitindo o direito à indenização pela terra nua e benfeitorias de boa-fé, mas sem privar os indígenas dos seus direitos territoriais. Fundamenta-se que no julgamento da Petição nº 3.388 (Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol) foi estabelecido um marco temporal. Assim, os títulos dominiais emitidos até a promulgação da Constituição (05 de outubro de 1988) deveriam ser protegidos.

Alega-se que é necessário aplicar o princípio da proporcionalidade conciliando os interesses em conflito no processo de demarcação (indígenas contra não-indígenas). Afirma-se que o constituinte originário buscou assegurar direitos às comunidades indígenas, como a posse a terras tradicionais e indispensáveis para o bem-estar, assim como, tutelar o direito à propriedade, segurança jurídica e respeito ao ato jurídico perfeito.

Portanto, seria necessário retirar do texto constitucional a previsão que veda o direito à concessão de indenização em face da demarcação de terras tradicionais. Busca-se que seja declarada a possibilidade de receber indenização pela terra nua e também pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas de boa-fé.

O relator, senador Luiz Henrique, votou pela aprovação da proposta de emenda, em 01/09/2011, e justificou sua decisão apontando que a medida era “louvável”, “da mais alta justiça” e poderia promover uma “drástica diminuição dos conflitos no campo”. Além do mais, o direito à propriedade, ao ato jurídico perfeito e direito de ação seriam cláusulas pétreas.

⁶Proposta de Emenda à Constituição nº 132/2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1724712>.

O senador Eduardo Suplicy, em 14/11/2012, votou favorável à proposta. Inicialmente defendeu que o direito adquirido pelos possuidores de títulos dominicais não se chocaria com o direito originário dos povos indígenas à terra.

Defende a observância das disposições da decisão do Caso da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, assim como defende o pagamento de indenização aos possuidores de boa-fé, visto que, dada a dimensão do país alguns proprietários poderiam não ter agido de má-fé ao adquirir o título. Essa seria uma medida para resolver os conflitos causados pelo próprio poder público.

Propõe alteração ao texto da proposta de emenda estabelecendo que a União ou estados poderão realizar o pagamento da indenização almejada ao possuidor de título emitido pelo poder público antes da promulgação da Constituição. O valor não seria devido à posse de origem injusta e a medida não seria aplicada aos processos demarcatórios concluídos até o dia 5 de outubro de 2008.

O senador Randolfê Rodrigues, na mesma data, votou pela rejeição da proposta. Inicialmente destacou que os títulos dominiais relativos às terras indígenas não poderiam ser considerados atos juridicamente perfeitos, pois essa posse representaria um esbulho continuado e que já foi rechaçado pelo ordenamento pátrio. Amparar pretensão nula feriria a segurança jurídica.

Afirma que essa medida possibilitadora de se indenizar atos nulos atuaria em favor de grileiros, malfeitos e golpistas, estimulando a renovação de conflitos fundiários nas terras indígenas. Questiona que ao estimular a indenização à posseiros, estimularia também que os indígenas buscassem uma indenização frente ao desrespeito aos seus direitos originários às terras tomadas.

Em 27/06/2013, o relator realizou mudanças no texto legal, excetuando a disposição da nulidade e extinção, para permitir que União indenize os possuidores de títulos dominiais quando comprovado dano causado pelo Poder Público à particular de boa-fé. Dispôs que a indenização não seria devida às demarcações tratadas no art. 67, do ADCT.

No dia 26/03/2015, foi emitido um parecer pelo relator, em defesa da referida proposta de emenda. Ressaltou que a medida não fere nenhuns direitos dos indígenas e que os particulares, em sua ampla maioria, agiram com amparo legal e material do Estado brasileiro que incentivava a ocupação territorial para promover a colonização do país. Assim, seria dever do Estado indenizar essas pessoas que de boa-fé adquiriram o título dominial.

Outrossim, reafirmou que o Estado foi o responsável por patrocinar os conflitos fundiários entre os colonos e os nativos, devendo reparar todos os envolvidos. Apontou que

em sua grande parte dos prejudicados pela demarcação seriam pequenos agricultores e famílias estabelecidas há anos em determinada área e que agiram conforme o amparo legal de cada época e não poderiam ser responsabilizados por mudanças históricas fora do seu controle.

Ressaltou que a previsão de se indenizar benfeitorias de boa-fé possuía o mesmo fundamento objetivado pela proposta de emenda e não deveria ser mitigado pela “leitura seletiva do comando constitucional”. O dever de indenização surgiu da ação estatal de emitir títulos de propriedade de terras que posteriormente foram declaradas como indígenas. Esse ato era digno de credibilidade e induziram terceiros ao erro.

No dia 09/07/2015, o senador Humberto Costo, à época líder do Partido dos Trabalhadores (PT) e do bloco de apoio de governo emitiu um parecer a favor da proposta de emenda, propondo alteração no texto inicial, para facultar a União e aos estados o direito de indenizar, pelo valor da terra nua e pelas benfeitorias úteis e necessárias de boa-fé, aqueles que possuem título dominial emitido pelo Poder Público anterior à constituição de 1988.

Apontou que a indenização não seria devida a posse originada de posse injusta e de má-fé e que não se aplicaria aos processos demarcatórios concluídos até a data de 05 de outubro de 2008, garantindo-se a proteção à segurança jurídica, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Seria uma medida para atenuar os conflitos decorrentes da disputa fundiária.

Em 16/07/2015, a senadora Simone Tebet também emitiu um parecer favorável à proposta de emenda, afirmando que os índios e terceiros ocupantes de terra seriam ambas vítimas de uma arbitrariedade estatal ao longo de um processo de violência esporádica e tensão constante, acarretando o dever do Estado de indenizar por esses danos.

Segundo a sua explanação, a indenização teria chances de ser uma solução eficaz ao problema, assim, deveria ser observado um meio de pagamento que não fosse através do recebimento de precatórios ou de títulos estéreis e ilíquidos que demorariam e prolongariam ainda mais o conflito. Afirmou que seria imperativo que a indenização fosse paga em dinheiro.

Na mesma data foi emitido um parecer pelo senador Humberto Costo nos mesmos termos da fundamentação. Defendeu-se que o pagamento da indenização seria essencial para que o reconhecimento dos direitos originários dos indígenas à terra fosse facilitado, considerando que a medida iria contribuir para o ordenamento territorial, segurança jurídica e redução dos conflitos decorrentes do processo demarcatório.

Em 06/08/2015 a proposta foi enviada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e distribuída ao Senador Blairo Maggi para relatar. Ele votou pela aprovação

parcial da proposta de modo que constaria no texto na redação do parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal a possibilidade de se indenizar os possuidores de títulos dominiais de terras indígenas quando comprovado dano causado pelo poder público à particular de boa-fé.

A alteração no Ato de Disposições Constitucionais Transitórias seria de acrescentar o art. 67-A determinando-se que a União responderá pelos “danos causados aos detentores de boa-fé de títulos de domínio regularmente expedidos pelo poder público relativos a áreas declaradas, em qualquer tempo, como tradicionalmente ocupadas pelos índios”. Sendo que as homologações seriam a partir de 05 de outubro de 2013 (25 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988).

No dia 08/09/2015 a proposta foi modificada e aprovada por 59 votos (incluído o do presidente) com a seguinte redação:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº, DE 2015

Altera o § 6º do art. 231 da Constituição Federal e acrescenta art. 67-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para permitir a indenização de possuidores de títulos dominiais relativos a áreas declaradas como indígenas e homologadas a partir de 5 de outubro de 2013.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 6º do art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 231 (...)

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

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 67-A:

“Art. 67-A. A União responderá, nos termos da lei civil, pelos danos causados aos detentores de boa-fé de títulos de domínio regularmente expedidos pelo Poder Público relativos a áreas declaradas, a qualquer tempo, como tradicionalmente ocupadas pelos índios e homologadas a partir de 5 de outubro de 2013.

Parágrafo único. Serão indenizados previamente em dinheiro, ou em Títulos da Dívida Agrária, se for do interesse do beneficiário da indenização, e de forma justa os danos decorrentes da responsabilidade a que se refere o caput deste artigo, cujos cálculos serão realizados com base no valor da terra nua e das benfeitorias necessárias e úteis realizadas, mas não serão reparados se a posse atual for injusta e de má-fé.

Art. 3º Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.

Nota-se uma incongruência nas justificativas dadas pelos senadores que votaram a favor da proposta de emenda. Ainda que eles tenham justificado que a indenização diminuiria a grande quantidade de conflitos decorrentes da disputa territorial, não há dados que indiquem que os conflitos resultam desse fator em específico.

Outrossim, defendeu-se que a indenização seria em razão de danos causados pelo Poder Público que forneceu títulos dominiais a terceiros de boa-fé, os induzindo ao erro e que indígenas e não-indígenas deveriam ser indenizados por problemas criados pelo próprio Estado. Entretanto, ainda que manifestem essa preocupação, foi debatido exclusivamente formas de se indenizar os possuidores, ignorando-se por completo a questão indígena.

Isto é, ainda que se tenha argumentado que a obtenção do título dominial ocorreu em razão de atos irregulares da União que, na tentativa de colonizar o interior do país, retirou os indígenas de suas terras e indevidamente as deu para terceiros que as adquiriram de boa-fé, assim, indígenas e não-indígenas foram prejudicados, logo, ambos deveriam receber indenização. E ainda que o direito a indenização ao indígena encontre respaldo na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a proposta não faz citação:

Artigo 28

1. Os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente ou de outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado (BRASIL, 2008).

Portanto, percebe-se que os fundamentos jurídicos por trás da tese da Proposta de Emenda à Constituição nº 132/2015 supostamente se preocupam com os conflitos fundiários, porém, ignoram o instituto do indigenato e as consequências jurídicas do direito congênito às terras de posse indígena.

Mostra-se que há uma preocupação exacerbada que busca defender os interesses dos possuidores de títulos dominiais e até se argumenta que é uma medida que visa proteger os indígenas. Contudo, os interesses indígenas são completamente ignorados no texto final da proposta e ignora-se que os indígenas são os mais afetados pelos conflitos fundiários, em razão de um processo de invasão que perdura há aproximadamente cinco séculos.

3.2 A PEC nº 132/2015 NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

No dia 15/09/2015 a proposta foi submetida à Câmara dos Deputados, passando a tramitar sob o nº PEC 132/2015. Em 22/10/2015, o relator Deputado Alceu Moreira emitiu um parecer pela admissibilidade desta proposta e das apensadas: PEC 161/2003, PEC 282/2008 e PEC 409/2001.

No dia 22/10/2015 a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania aprovou o parecer. Em 19/01/2021, o relator apresentou o Requerimento 2121/2021 solicitando a criação de Comissão Temporária ou Especial para apreciar a proposta.

A última movimentação é do dia 31/03/2023 solicitando que a PEC 409/2001 fosse desampensada da PEC 132/2015 visto o seu arquivamento.

3.2.1 A Proposta de Emenda à Constituição nº 409/2001

A Proposta de Emenda à Constituição nº 409/2001, assim como a PEC analisada neste capítulo, objetivava alterar o parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal de modo que fosse garantido os direitos do pequeno produtor rural que ocupasse terras demarcadas como originárias dos povos indígenas, desde que ele tivesse título da propriedade e benfeitorias estabelecidas em boa-fé.

A última movimentação foi realizada em 31/01/2023 em que se determinou o arquivamento nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que dispõe sobre os prazos a serem observados na tramitação do processo.

Ainda que essa proposta de emenda tenha sido arquivada, é importante fazer uma análise do seu teor para compreendermos o contexto geral do Senado Federal em relação aos direitos dos indígenas.

Inicialmente, merece destaque um trecho da justificativa dada pelo autor, deputado Hugo Bihel, para propositura de alteração da Constituição: "acumulam-se casos em que a Funai pressionada pelas chamadas ONGs, insiste em "devolver" aos índios porções de terra que há muito tempo deixaram de ser ocupadas por eles".

O relator, deputado José Antônio Almeida, ao se manifestar pela inadmissibilidade da emenda foi coerente e preciso na sua fundamentação. Ele afirmou que a disposição prevista no texto constitucional é um direito individual das minorias, devendo ser classificado como cláusula pétrea. Portanto, não poderia ser objeto de alteração.

Em sua manifestação, ele afirmou que a medida objetivada pela proposta, ainda que não abolisse o direito individual, poderia abrir brechas para que pessoas de má-fé se aproveitassem da nova disposição legal. Finalizou apontando que o direito indígena às suas terras tradicionalmente ocupadas deve ser protegido pela União e se sobrepõe a quaisquer títulos, ainda que adquiridos de boa fé. Além de criar um ônus a mais para a União.

No ano de 2008 o novo relator da proposta, o deputado Geraldo Pudim, emitiu um parecer pela admissibilidade da proposta sob a justificativa de que não haveria violação ao

direito do indígena, apenas asseguraria o direito à indenização sem impedir a demarcação e desapropriação.

Visualiza-se de forma clara que a proposta é manifestamente contrária aos direitos indígenas. A própria justificativa de propositura apresenta um posicionamento preconceituoso e errôneo sobre o processo de demarcação de terras de terras e o papel da FUNAI na defesa dos interesses indígenas.

Conforme destacado no capítulo anterior, a demarcação é um processo complexo que não busca traçar apenas limites físicos territorial, envolve a compreensão da relação identitária do indígena com a região. Não se trata de algo arbitrário motivado por mera pressão de determinados grupos. Além do mais, não prospera a justificativa de que os indígenas sequer vivem na terra demarcada, desde o século XVI o que se vê é a expulsão de territórios originariamente seus.

3.2.2 A Proposta de Emenda à Constituição nº 161/2003

A Proposta de Emenda à Constituição nº 161/2003 também está apensada à PEC em análise. O autor é o deputado Geraldo Resende e a proposta também visa modificar o parágrafo 6 do artigo 231 da Constituição Federal, de modo a autorizar o pagamento de indenização correspondente ao valor total do bem expropriado decorrente da ocupação de boa-fé.

Na justificativa, o autor afirma que os títulos dominiais foram concedidos de forma legítima, decorrentes de uma política expansionista que incentiva a colonização do interior do Brasil. Dessa forma, as terras seriam tanto dos índios quanto dos colonos. Afirma que não houve expulsão dos indígenas por parte dos colonos. Logo, os possuidores de boa-fé deveriam receber uma indenização do valor de todo o bem expropriado.

Ao longo dos anos essa proposta foi arquivada e desarquivada, sem que houvesse andamento relevante.

3.2.3 A Proposta de Emenda à Constituição nº 282/2008

A Proposta de Emenda à Constituição nº 282/2008 tem como autor o deputado Beto Faro. Busca-se alterar o parágrafo 6º, do artigo 231 da Constituição Federal e permitir que seja indenizado o possuidor de título dominial de imóveis que não excedam a quinze módulos fiscais e suas respectivas benfeitorias, desde que decorrentes da boa-fé.

A justificativa foi de que a indenização diminuiria os conflitos no campo. Alegou-se que o valor seria essencial para que pequenos produtores pudessem dar continuidade a produção em outra área. Assim como a anterior, essa proposta foi arquivada e desarquivada, sem que houvesse andamento relevante.

3.3 A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO NO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO TERRITORIAL

Verifica-se que o Congresso Nacional tem se movimentado ao longo dos anos na tentativa de modificar a Constituição Federal e possibilitar o pagamento de indenização aos possuidores de títulos dominiais de terras demarcadas como indígenas. Argumenta-se que é uma medida capaz de diminuir os conflitos fundiários e garantir segurança jurídica.

O artigo 231 da Constituição Federal e o artigo 62, *caput* e o seu parágrafo 1º do Estatuto do Índio definem que não é devido qualquer tipo de indenização ao possuidor de títulos dominiais de terras demarcadas como indígenas, ou seja, por ser terra originária indígena, são nulos e extintos direitos de terceiros sob a sua posse.

Isto é, da previsão constitucional extrai-se que, se os títulos de posse, propriedade, domínio e ocupação são nulos de pleno direito, aquele que ocupa a terra indígena nunca possuiu direitos sob ela, apenas se autoriza que as benfeitorias realizadas de boa-fé podem ser indenizadas. Trata-se de uma medida a resguardar áreas indígenas preservadas ou pouco danificadas.

Em se tratando de terras indígenas danificadas e cujos recursos tenham sido esgotados por ações de terceiros ocupantes, dispõe a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas que os indígenas que deverão ser indenizados pela utilização e ocupação indevida e pelo esgotamento dos seus recursos.

Além do mais, considerando que os indígenas têm o direito de participarem de decisões que envolvam o seu interesse, o documento supramencionado estabelece que se for do interesse coletivo, a indenização será feita a partir da concessão de outra porção de terra proporcional à extensão destruída. Entretanto, essa medida deve ser considerada com cautela, haja vista que a terra, ainda que deteriorada por terceiros, têm um papel fundamental na essência e vida daquele povo:

Artigo 28

1. Os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente ou de

outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado.

2. Salvo se de outro modo livremente decidido pelos povos interessados, a indenização se fará sob a forma de terras, territórios e recursos de igual qualidade, extensão e condição jurídica, ou de uma indenização pecuniária ou de qualquer outra reparação adequada (BRASIL, 2008).

O legislador não objetiva acabar com a civilização moderna e reinstalar o *habitat* indígena *in memoriam* de tribos destruídas e extintas, apenas almeja preservar a cultura de um povo que tem vinculada a sua existência com o ecossistema (DOS SANTOS, 2009, p. 14). Conforme definiu o relator da Pet nº 3.388, ministro Carlos Ayres Britto (2013) “no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia”.

Desse modo, pode-se notar que o direito à indenização requerido pela proposta de emenda esbarra em alguns pontos: i) nulidade títulos; ii) impossibilidade de alterar o direito originário por proposta de emenda à constituição; iii) violação à cláusula pétrea; iv) diferenciação da posse indígena da posse civil; v) violência envolvida no processo de esbulho e; vi) a aquisição *non domin*.

Inicialmente, é preciso considerar que a Constituição trata a posse de terceiros sobre a propriedade indígena como um ato nulo. Logo, qualquer efeito que seria decorrente deste título dominial é extinto, não sendo capaz de produzir efeitos.

Nas palavras de Pontes de Miranda (1970, p. 457): “ nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse”. Esse entendimento, inclusive, foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em situações anteriores à Constituição de 1988. Vejamos esse julgado do ano de 1986:

A Constituição Federal, no seu art. 198, afirma a inalienabilidade das terras habitadas pelos silvícolas “nos termos em que a lei determinar”, declarando a nulidade e a extinção dos efeitos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das aludidas terras. Daí entender Pontes de Miranda serem “ nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse” (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, 1974, tomo VI, p. 457). Idêntica posição é perfilhada por Manoel Gonçalves Ferreira (Comentários à Constituição Brasileira, 1983, p. 731/732), Paulino Jacques (A Constituição Explicada, 1970, p. 195) e Rosah Russomano (Anatomia da Constituição, 1970, p. 346).” (MS 20.575, relator Min. Aldir Passarinho, DJ 21.11.86)

Atualmente, a declaração de nulidade e como consequência a extinção de quaisquer efeitos é um instituto observado no direito civil e que possui amparo no Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TUTELA DECLARATÓRIA. NULIDADE DE ATO JURÍDICO. QUITAÇÃO. PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA. DESCABIMENTO. VENDA DE IMÓVEL "A NON DOMINO". NULIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DO PAGAMENTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. "Os negócios jurídicos inexistentes e os absolutamente nulos não produzem efeitos jurídicos, não são suscetíveis de confirmação, tampouco não convalidam com o decurso do tempo, de modo que a nulidade pode ser declarada a qualquer tempo, não se sujeitando a prazos prescricionais ou decadenciais" (AgRg no AREsp 489.474/MA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 17/05/2018).

2. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, na venda "a non domino", a propriedade transferida não produz efeito algum, havendo uma nulidade absoluta, impossível de ser convalidada pelo transcurso do tempo, sendo irrelevante a boa-fé do adquirente. Precedentes.

3. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ).

4. No caso concreto, a reforma do acórdão recorrido, quanto à ocorrência da venda "a non domino", à nulidade da quitação e à ausência de prova do pagamento, demandaria o reexame de fatos e provas, vedado em recurso especial. 5. O Tribunal de origem, com base na interpretação dos elementos de convicção anexados aos autos, concluiu pela caracterização da litigância de má-fé. A alteração das conclusões do julgado também demandaria o reexame da matéria fática. 6. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ - AgInt no AREsp: 1342222 DF 2018/0200058-4, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 09/11/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/11/2021)

Esse impedimento foi apontado pelo senador Randolfe Rodrigues no seu voto contra a proposta de emenda analisada neste trabalho. Em contrapartida, as fundamentações favoráveis à alteração constitucional, justificaram o seu pleito em razão do direito adquirido, segurança jurídica e direito à propriedade. Portanto, é necessário fazer uma segunda consideração.

Em segundo lugar, Gilmar Mendes (1988, p. 117) afirma que não é possível à invocação de direito adquirido frente à mudança legal realizada em decorrência da atuação do Poder Constituinte Originário:

Tendo a constituição declarado a nulidade dos títulos dominiais existentes sobre áreas habitadas por indígenas, nos termos estabelecidos em lei federal, não se há de invocar a proteção da Constituição aos direitos adquiridos (CF, art. 153, § 3º) e ao direito de propriedade (CF, art. 153, § 22 e 5º), na espécie. 7. À evidência, não pode haver direito adquirido à propriedade de terras habitadas por indígenas (...) como se sabe, é de nenhuma valia a invocação do princípio do direito contra norma constitucional.

A esse respeito, dispõe Carlos Maximiliano (1954, p. 325) "não há direito adquirido contra a Constituição". No mesmo sentido, é o entendimento de Pontes de Miranda (1970, p. 392): "As Constituições têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesma fixou como aquele em que começaria a incidir. Para as Constituições, o passado só importa naquilo que ela aponta ou menciona".

Dessa forma, o que se tem é que a Constituição determinou que é direito dos indígenas o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e todas as utilidades existentes, cuja consequência jurídica é a extinção de todos e quaisquer direitos de terceiros sobre a posse da terra. É uma medida que excepciona a aplicação do princípio do direito adquirido (BASTOS, 1982, p. 109-110).

Então, o que se verifica é que o direito indígena à terra tradicionalmente ocupada é um direito fundamental. Portanto, essa alteração pretendida não poderia ser realizada nem por Proposta de Emenda à Constituição, conforme determina o parágrafo quarto do artigo 60 da Constituição Federal "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais".

Em terceiro lugar, é importante considerar que a posse da terra pelos povos indígenas não deve ser considerada sob o prisma da posse do Direito Civil. Esta se refere a um poder de fato que é exercido sobre a coisa, enquanto aquela refere-se à ocupação efetiva da terra, o seu reconhecimento considera aspectos como os usos, costumes, tradições religiosas e culturais (ALVES, 1978, p. 357).

Assim, por se tratar de um direito originário, a demarcação de terras indígenas possui natureza meramente declaratória. Apenas se reconhece um direito preexistente que encontra respaldo na Constituição, não há outorga do Poder Público ao indígena. Isto é, trata-se de um direito originário. Portanto, não se trata de mera permissão de uso, as terras pertencem aos indígenas e o procedimento de demarcação apenas fixa e declara as áreas, delimitando-as (Pet. 3.388, Min. Ayres Britto, 2009).

O ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração do Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 29.193, asseverou que eventual registro imobiliário que esteja em nome de particular, nos termos que prevê o Código Civil, não "torna oponível à União Federal esse título de domínio privado". Pois, a Constituição excluiu a possibilidade de comércio jurídico das terras indígenas. A declaração de nulidade e extinção de efeitos desautoriza qualquer indenização, salvo as benfeitorias de boa-fé.

Na decisão de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Civil Originária nº 312/BA foram fixados alguns entendimentos que são manifestamente contrários à tentativa de indenização. Em primeiro lugar, a demarcação administrativa origina a impossibilidade de tornar válidos os atos jurídicos formados por particulares sob essa terra.

Em quarto lugar, o procedimento administrativo de demarcação, ainda que não finalizado, não impede o reconhecimento do direito à posse permanente de terras dos indígenas, visto que a tutela desse direito decorre diretamente da constituição.

Em quinto lugar, os atos de violência e conflito que culminam na expulsão ou afastamento dos indígenas de suas terras não afastam o direito a reconhecimento da tradicionalidade da posse. A posse resultante de meios violentos ou clandestinos não se opõe à posse justa e tradicional. Por fim, a aquisição *non domino*, isto é, venda de propriedade por aquele que não é o dono, tem como efeito a nulidade dos títulos de propriedade;

Dessa forma, extrai-se que a indenização não poderia ser sobre a terra nua, como almeja a PEC 132/2015, o processo de demarcação extingue todo e qualquer efeito. O que poderia ocorrer é a indenização por evento danoso, mas essa medida deveria ocorrer por um procedimento próprio e que não condiciona a demarcação a esse pagamento (CIMI, 2023, p. 7-8).

Um fato a ser considerado e que foi objeto de controvérsia nas ACOs 362/MT e 366/MT, é que o governo do estado de Mato Grosso investiu e incentivou à ocupação territorial, concedendo, vendendo, alienando e doando terras que não faziam parte da sua propriedade, eram da União e a posse tradicional. Desse modo, terceiros de boa-fé adquiriram os títulos e posteriormente “os perderam” em razão do processo de demarcação.

Desse ponto, vê-se que não há cabimento na exigência de que a União faça o pagamento de uma indenização por uma terra que sempre lhe pertenceu, é incompatível com as disposições do próprio ordenamento jurídico.

A titulação de terras passadas por aqueles que inicialmente já não tinham direito sobre ela, como é o caso dos estados federados, apenas gerou, uma expectativa de direito à terceiros de boa-fé. Assim, em caso de indenização, deve ser por evento danoso. Importante frisar, que as disputas e conflitos fundiários foram extremamente prejudiciais e violentas às populações indígenas (CIMI, 2023, p. 11-12).

Desse modo, a assessoria jurídica do Conselho Indigenista Missionário propôs algumas considerações, dentre elas:

(...) assiste ao particular, tão somente, o direito à indenização por evento danoso em face dos entes federados e da União pela titulação, doação ou estímulo ao apossamento de terras de ocupação tradicional, nos termos do art. 37, §6º da Constituição, o que não impede, de imediato, a posse e ocupação destas áreas pelos indígenas.

V - A aferição da indenização dar-se-á por meio de procedimento próprio, a pedido do particular, onde serão verificadas a boa-fé, a responsabilidade do Poder Público e a extensão do dano, não sendo possível ela ocorrer no âmbito do processo de demarcação;

Verifica-se que há muitas ressalvas quanto ao direito de indenização, a questão é complexa e necessita de um entendimento aprofundado, que não se justifica apenas pelas motivações expostas no texto de justificativa da proposta de emenda, assim, levanta o questionamento da razão pela qual essa PEC tem um andamento tão favorável dentro do Congresso Nacional.

Nota-se que apesar das ressalvas e do próprio posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) contrário ao pagamento da indenização, o julgamento da tese do marco temporal (Tema 1.031 do STF) possibilitou a abertura dessa possibilidade nos casos em trâmite do Poder Judiciário e que fortalece os motivos ensejadores para a proposta de emenda.

3.4 O CONGRESSO NACIONAL FRENTE AOS DIREITOS INDÍGENAS

Verificou-se que o andamento da PEC no Senado Federal e na Câmara dos Deputados não demandou grandes discussões contrárias à sua aprovação, foi possível notar que os blocos de apoio ao governo e de oposição entenderam que a medida era favorável. Entretanto, observando as disposições doutrinárias e jurisprudenciais percebe-se que há ressalvas quanto à alteração constitucional proposta.

Nesse sentido, no ano de 2018, o Conselho Indigenista Missionário compilou uma série de dados e informações e produziu um estudo sobre o andamento das pautas indígenas no congresso, resultando na publicação da obra “Congresso Anti-Índigena: Os parlamentares que mais atuaram contra os direitos dos povos indígenas”.

Consta que foram analisados dados referentes à legislatura número 55, correspondente aos anos de 2015 a 2019. Houve o levantamento da atuação de 50 principais parlamentares (40 deputados e 10 senadores) que mais atuaram de forma contrária aos interesses da população indígena. Identificou-se que destes, 39 deputados integravam a Frente Parlamentar Agropecuária (FPA).

Das movimentações observadas no andamento da PEC no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, alguns nomes se sobressaíram e coincidentemente esses

parlamentares estão indicados no documento emitido pelo CIMI, são eles: Simone Tebet, Paulo Bauer (autor da proposta), Luiz Henrique Mandetta (relator no Senado Federal) e Alceu Moreira (relator na Câmara dos Deputados).

A parlamentar Simone Tebet teve grande parte de sua campanha financiada pelo agronegócio e foi autora de outras propostas que visavam alterar a legislações que protegem os direitos indígenas, como é o caso do Projeto de Lei do Senado nº 494/15 que visa alterar o Estatuto do Índio e possui a seguinte ementa:

Acrescenta §§ 3º e 4º ao art. 19 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 – Estatuto do Índio, para, nos casos de conflitos de caráter indígena, dispor sobre a suspensão temporária de atos ou processos destinados ao estudo de identificação de terras indígenas no caso de turbação, esbulho ou ocupação de imóveis privados que não foram objeto de estudo. Acrescenta §§ 3º e 4º ao art. 19 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 – Estatuto do Índio, para, nos casos de conflitos de caráter indígena, dispor sobre a suspensão temporária de atos ou processos destinados ao estudo de identificação de terras indígenas no caso de turbação, esbulho ou ocupação de imóveis privados que não foram objeto de estudo.

Também foi autora da Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2013:

Altera a Constituição Federal para estabelecer que o imóvel de domínio público ou particular objeto de esbulho possessório, turbação ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário não será objeto de estudo, delimitação, declaração, homologação, regularização ou criação de terras indígenas, nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobre desse prazo, em caso de reincidência; e deverá ser apurada a responsabilidade civil e administrativa de quem concorra com qualquer ato omissivo ou comissivo que propicie o descumprimento dessas vedações; estabelece que os processos administrativos já em curso para estudo, delimitação, declaração, homologação, regularização ou criação de terras indígenas, serão imediatamente suspensos até o transcurso do prazo acima mencionado, contados da data de desocupação da área, no caso de esbulho possessório ou invasão de imóveis rurais.

Já o deputado Luiz Henrique Mandetta, também teve grande parte da sua campanha financiada por doações do agronegócio e por empreiteiras. Segundo consta na documentação, ele foi atuante em ações de intimação da atuação do Ministério da Justiça no estado do Paraná que visava demarcar terras indígenas⁷.

Ele também foi autor do Requerimento de Informações RIC nº 2861/2013 em que acusou funcionários da FUNAI foram acusados de se envolverem no processo de retomada de demarcação de terras tradicionais no estado de Mato Grosso do Sul. Por sua vez, Alceu Moreira teve seu nome associado a classificação de “parlamentar declaradamente inimigo dos

⁷ REQ 16/2013 GTTERRAS. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/586860>.

povos indígenas”. Consta que ele atuou em diversas propostas de emenda e de leis que visam prejudicar direitos indígenas.

Dentre elas se destaca a PEC 187/2016 que visa acrescentar mais um parágrafo no artigo 231 da Constituição Federal para autorizar atividades agropecuárias e florestais em terras de comunidades indígenas. É autor também da Proposta de Lei nº 2479 de 2011 que almeja transferir ao Congresso Nacional o procedimento de demarcação das terras indígenas. Por fim, o autor da PEC nº 132/2015, Paulo Bauer também foi indicado como um dos cinco principais políticos que atuam em proposições anti-indígenas.

3.4.1 O Projeto de Lei nº 2.903 de 2023

No dia 21 de setembro de 2023, o Supremo Tribunal Federal formou maioria, derrubando a tese do marco temporal e determinou que a demarcação de terras indígenas não depende de os indígenas estarem ocupando ou terem sido expulsos de suas terras no dia 05 de outubro de 1988 (data de promulgação da Constituição). A posse originária depende da averiguação da territorialidade.

Entretanto, no dia 27 de setembro de 2023, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei nº 2.903 de 2023 e remeteu ao Presidente da República para sanção, cujo prazo de encerramento termina 20 de outubro de 2023⁸. E busca alterar o artigo 231 da Constituição Federal de modo a estabelecer novos paradigmas para o processo de demarcação de terras indígenas.

Esse projeto, além de buscar fixar o marco temporal (que foi rejeitado pelo STF), almeja também indenizar os possuidores de títulos dominiais de terras declaradas como indígenas e querem vincular a indenização ao processo de demarcação, observemos os artigos 9º e 11:

Art. 9º Antes de concluído o procedimento demarcatório e de indenizadas as benfeitorias de boa-fé, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal, não haverá qualquer limitação de uso e gozo aos não indígenas que exerçam posse sobre a área, garantida a sua permanência na área objeto de demarcação.

Art. 11. Verificada a existência de justo título de propriedade ou de posse em área considerada necessária à reprodução sociocultural da comunidade indígena, a desocupação da área será indenizável, em razão do erro do Estado, nos termos do § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Parágrafo

⁸Projeto de Lei Nº 490/2007. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-490-2007>

único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo às posses legítimas, cuja concessão pelo Estado possa ser documentalmente comprovada.

Nota-se que essa proposta de lei também argumenta que se trata de uma medida que visa assegurar os direitos dos povos indígenas. Entretanto, assim como a PEC analisada neste trabalho, a suposta defesa dos indígenas é apenas uma cortina de fumaça que pretende defender interesses diversos ao das populações indígenas.

É importante esclarecer que as ressalvas apontadas contra a proposta de emenda também devem ser estendidas a esse projeto de lei, visto que ele tem hierarquia inferior é infactível que esse meio seja utilizado para alteração de dispositivo constitucional e que venha a abolir cláusula pétrea.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia buscou analisar os impactos que a Proposta de Emenda à Constituição nº 132/2015 pode causar no ordenamento jurídico brasileiro, caso aprovada, tendo em vista que seriam alterados dispositivos constitucionais basilares do direito originário dos povos indígenas. A investigação foi empreendida para responder à indagação a respeito do que essa aprovação representaria em um contexto geral dos direitos indígenas, se a proposta seria um avanço ou retrocesso.

A primeira consideração decorre do objetivo específico estipulado no primeiro capítulo, qual seja, analisar o histórico legislativo do direito territorial indígena à terra para traçar um panorama acerca da evolução legal do direito indígena à terra no ordenamento jurídico brasileiro, seja as disposições por meio de decretos, alvarás, leis e Constituições brasileiras ou as dispostas em normas internacionais e ratificadas pelo Brasil.

A partir do paradigma legislativo traçado pelos dispositivos legais, é possível traçar como ocorreu a evolução da consolidação dos direitos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro. A forma que o Estado via o indígena influenciou na consolidação de normas

prejudiciais a direitos fundamentais e permitiu que esse grupo ficasse vulnerável a quaisquer mudanças sem o mínimo de amparo.

A segunda consideração tem como ponto de partida o objetivo específico de analisar como ocorre o processo de demarcação de terras indígenas e o conceito de direito territorial originário. Ele abarca a compreensão do conceito de terra para as populações indígenas, que se diferencia da visão da terra como mero instrumento de viés econômico e como essa conceituação influencia no processo de demarcação territorial.

É possível notar que a demarcação de terras indígenas não se limita ao mero estabelecimento de limites físicos, representa a base dos direitos fundamentais, visto que a terra faz parte de diversos aspectos da vida indígena, seja ele econômico, político, religioso, social e espiritual. Observou-se que, ainda que vigente o Decreto e os dispositivos constitucionais acerca desse tema, existem diversas controvérsias judiciais, sendo que, em algumas delas, há decisões que vão de encontro aos direitos indígenas consolidados.

A terceira consideração está elencada no terceiro capítulo e trata do objetivo de analisar a Proposta de Emenda à Constituição nº 132/2015, verificando o seu andamento nas casas do Congresso Nacional e os parlamentares responsáveis e que emitiram parecer favoráveis e contrários à sua aprovação.

A análise permitiu compreender os motivos que ensejaram a propositura dessa proposta. As justificativas utilizadas, ainda que fossem fundamentadas sob a justificativa de proteção ao indígena e seus interesses, mostravam-se pendentes a defender com mais ânimo os direitos de não indígenas possuidores de títulos dominiais de terras demarcadas como indígenas.

O que se verifica é que tem avançado medidas que buscam o retrocesso dos direitos indígenas, tanto pelo Poder Legislativo, com a aprovação do Projeto de Lei nº 2909/2023 que visa estabelecer o marco temporal, modificar o processo de demarcação, dificultando o acesso a direitos fundamentais, quanto pelo Poder Judiciário, com decisões controversas, como o voto do ministro Alexandre de Moraes no julgamento do Tema 1.031 no Supremo Tribunal Federal.

Portanto, vê-se que os direitos indígenas possuem um longo caminho até o seu estabelecimento na Constituição Federal de 1988. Entretanto, a efetividade dos direitos constitucionalmente protegidos ainda é frágil, visto que constantemente os povos indígenas são vítimas de conflitos armados motivados por disputa territorial e por interesse econômico de terceiros aos recursos presentes na terra.

Diante do trâmite da Proposta de Emenda à Constituição nº 132/2015 e do recente julgamento do Tema 1.031 no Supremo Tribunal Federal, especificamente no que tange ao voto do Ministro Alexandre de Moraes, o qual defende a possibilidade de se indenizar o possuidor de títulos dominiais de terras demarcadas como indígenas, é possível inferir que o futuro dos direitos originários dos povos indígenas e do instituto do indigenato está sob ameaça.

Trata-se de uma abertura para a ocorrência de outros retrocessos e uma demonstração que os direitos indígenas ainda não se encontram fortalecidos no ordenamento jurídico brasileiro, devido à maleabilidade com que eles são tratados e manipulados para o atendimento dos interesses daqueles que podem pagar mais e dominam os sistemas de poder. A luta pela defesa da terra deve ser constante, sem nunca cessar a vigia.

REFERÊNCIAS

_____. Lei nº 6.001, de 19 de setembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez 1973.

_____. Convenção n. 169 – Sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-143-20-junho-2002-458771-convencaon169-pl.pdf>. Acesso em: 1 out. 2023.

_____. Conflitos no campo Brasil 2023. Centro de Documentação Dom Tomás Balduino. Goiânia: CPT Nacional, 2023. p. 254.

ALMEIDA, Maria Regina Celestino. **Os índios na história do Brasil no século XIX**: da invisibilidade ao protagonismo. Revista História Hoje, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 21–39, 2013. DOI: 10.20949/rhhj.v1i2.39. Disponível em: <https://rhhj.anpuh.org/RHHJ/article/view/39>. Acesso em: 29 set. 2023.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano v. 1, p. 1978, p. 357).

ANTUNES, Paulo de Bessa. Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. Disponível em:

<https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/F1D00153.pdf>. Acesso em 03 out. 2023.

APARÍCIO, Adriana Biller. **O Instituto do Indigenato e teoria crítica: a possibilidade de reinvenção do fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas a partir da análise da territorialidade e dos processos de luta Guarani.** 2018. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/189500>. Acesso em: 29 set. 2023

ARAÚJO JÚNIOR, Julio José. **Desafios à proteção da posse constitucional de terras indígenas.** In: VIRORELLI, Edilson (Org.). Temas atuais do Ministério Público Federal , 2016, p. 523-542.

BARBOSA, Marco Antônio. **Os povos indígenas e as organizações internacionais:** Instituto do Indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas. Revista Eletrônica História em Reflexão, [S. l.], v. 1, n. 2, 2009. Disponível em:

<https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/article/view/384>. Acesso em: 28 set. 2023.

BENITES, Flavio Joselino. **A importância política do Cacique Xicão para mobilizações dos indígenas na região Nordeste do Brasil.** ZIZ - Revista Discente de Ciência Política, v. 1, n. 1, p. 90-116, 2 fev. 2022. <https://periodicos.uff.br/ziz/article/view/51913>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 16 de julho de 1934.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 10 de novembro de 1937. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 18 de setembro de 1946.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. 25 de março de 1824.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 24 de janeiro de 1967.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. **Manual de jurisprudência dos direitos indígenas** / 6a Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. – Brasília : MPF, 2019. 920 p.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 71, de 2011. Disponível:
<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pec-71-2011-sf>
Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 95967 MS, Relator: Ministra Ellen Gracie, Data de Julgamento: 01/09/2008, Data de Publicação: Diário de Justiça Eletrônico 168. Publicação 08/09/2008. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565687>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo de Recurso Especial 1342222 DF 2018/0200058-4, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 09/11/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/11/2021.

BRASIL. Relatório Figueiredo: documento na íntegra. 2013[1967]. Disponível em:
<<http://racismoambiental.net.br/2013/06/02/relatorio-figueiredo-documento-na-integra-7-mil-paginas-pdf-pode-agora-ser-baixado/>>. Acesso em 10 out. 2023.

BRASIL. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. V. II. Comissão Nacional da Verdade (CNV). Brasília, 2014. Disponível em:
<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf>. Acesso em 10 out. 2023.

CALAFATE, Pedro. **Raízes jusnaturalistas do conceito de direitos originários dos índios na tradição constitucional brasileira**: sobre o conceito de indigenato. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos , v. 16, p. 263-279, 2017. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/download/354/339/>. Acesso em: 28 set. 2023.

CAROLINE DE OLIVEIRA, J. ENQUANTO SUA MAGESTADE NÃO MANDAR O CONTRÁRIO”: DIRETÓRIO DOS ÍNDIOS, CARTAS RÉGIAS E A VIOLÊNCIA INDIGENISTA (1757-1809). REVISTA ANTÍGONA, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 3–38, 2021. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/antigona/article/view/11630>. Acesso em: 29 set. 2023.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira Cavalcante. **Colonialismo, território e territorialidade**. A luta pela terra dos Guarani e Kaiowa de Mato Grosso do Sul. Jundiaí, SP: Paco Editorial, 2016.

CORTE IDH. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil. Sentença de 05 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/julho/sentenca-cidh-caso-do-povo-indigena-xucuru-e-seus-membros-vs-brasil>. Acesso em: 29 set. 2023.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Congresso Anti-indígena**: os parlamentares que mais atuaram contra os direitos dos povos indígenas. Brasília. 2018.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. Nota Técnica: indenização por demarcação de terra indígena pela terra nua encontra amparo na Constituição Federal? Quais os caminhos possíveis para resolver a demarcação de terras indígenas sem afrontar direitos constitucionais? Brasília. 2023.

CUNHA, Manuela Carneiro da (Org). **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras/ Secretaria Municipal de Cultura/ FAPESP, 1992.

DE SOUZA SANTOS, Anderson; AMADO, Luiz Henrique Eloy; PASCA, Dan. **“É muita terra pra pouco índio”? Ou muita terra na mão de poucos? Conflitos fundiários no Mato Grosso do Sul.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2021.

DOS SANTOS, Alexandre da Silva. O Instituto no Indigenato e a Indenização pela Nulidade do Título em Virtude da Demarcação de Terra Indígena. Disponível em:
<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2014;1001051331>. Acesso em: 29 de set. 2023.

ELOY AMADO, Luiz Henrique. Direito dos povos indígenas e a legislação indigenista. In: URQUIZA, Antônio Hilário Aguilera (Org.). **Antropologia e História dos Povos Indígenas em Mato Grosso do Sul**. Campo Grande: Ed. UFMS, 2016, p. 251- 299.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. **A posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como um instituto diverso da posse civil e sua qualificação como um direito constitucional fundamental**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, UNIFOR, 2010. Disponível em:
<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp127773.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.

JESUS, Nauk Maria de. **A guerra justa contra os Payaguá** (1ª metade do século XVIII). Revista Eletrônica História em Reflexão, [S. l.], v. 1, n. 2, 2009. Disponível em:
<https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/article/view/378>. Acesso em: 29 set. 2023.

JUNIOR, João Mendes. **Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos**. Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1912.

LEITE, Jurandyr Carvalho Ferrari. A identificação de terras indígenas. In: KASBURG, Carola & GRAMKOW, Márcia Maria (Orgs.). **Demarcando terras indígenas: experiências e desafios de um projeto de parceria**. Brasília: FUNAI/PPTAL/GTZ, 1999. p. 99-123.

LOPES, Ana. Maria Dávila.; MATTOS, Karine Rodrigues. O Direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. Brasília, a. 43 n. 170, abr./jun. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92744/Lopes%20Ana%20Maria%20e%20Mattos%20Karine.pdf?sequence=1>. Acesso em: 1 out. 2023.

MALERBA, Jurandir. Almanaque do Brasil nos tempos da Independência. 1. ed. São Paulo: Ática, 2022. 311p.

MALDONADO, Caroline Hermínio; BATISTOTE, Maria Luceli Faria. **Novas frentes de uma luta antiga: discursividades dos índios Guarani e Kaiowá na rede social facebook.** revista Linguagem, v. 26, n. 1, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Guanabara Waissmann, Koogan, Ltda. Tomo II, p. 348-349.

MUNHÓS, Luyse Vilaverde Abascal. **Direito internacional dos direitos humanos e o direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça no estado de Mato Grosso do Sul.** Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, UFMS, 2022.

MURA, Fabio. **À procura do “bom viver”:** Território, tradição de conhecimento e ecologia doméstica entre os Kaiowá. 2006. 504 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social do Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, v. I e II, 2006.

NUNES, Renata Cristina da Silva; ALMEIDA, Cristiano Silva de. **A Desapropriação Indireta e a Demarcação de Terras Indígenas.** Disponível em: <https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2018/06/4desapropriacao.pdf>. Acesso em: 1 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 107 – Populações Indígenas e Tribais. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20I>

nd%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107).pdf . Acesso em: 1 out. 2023.

ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro, 2008.

OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Petrópolis: Vozes, 2007.

SANTOS, R. S. **Metodologia científica: a construção do conhecimento**. 5. ed. Rio de Janeiro: DP, 2002.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco. **Ensaio em antropologia histórica**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1999.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. **Uma etnologia dos "índios misturados": situação colonial, territorialização e fluxos culturais**. In: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de (Org.) *A viagem da volta: etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena*. Rio de Janeiro: Contracapa, 1999a, p.11-36.

OSOWSKI, R. O marco temporal para demarcação de terras indígenas, memória e esquecimento. *Mediações - Revista de Ciências Sociais, Londrina*, v. 22, n. 2, p. 320–346, 2017. DOI: 10.5433/2176-6665.2017v22n2p320. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/32261>. Acesso em: 1 out. 2023.

RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades indígenas**. 1. ed. Brasília: Editora UNB. 1982.

RANGEL, Lucia Helena. Violência autoinfligida: jovens indígenas e os enigmas do suicídio. **Relatório - Violência contra os Povos Indígenas no Brasil - Dados de 2019**. 2020. (CIMI), p. 43-48. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>. Acesso em: 10 maio 2023.

SANTOS, Anderson de Souza; AMADO, Luiz Henrique Eloy; PASCA, Dan. **“É muita terra pra pouco índio”? Ou muita terra na mão de poucos? Conflitos fundiários no Mato Grosso do Sul.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2021.

CONFLITOS NO CAMPO BRASIL 2022 - CPT. Disponível em:

<https://www.cptnacional.org.br/downlods/summary/41-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/14302-livro-2022-v21-web>. Acesso em: 28 set. 2023.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Terras Indígenas: Súmula 650 do STF só incide em ações de usucapião.** 2005. Disponível em:

<https://biblioteca.mpf.mp.br/server/api/core/bitstreams/986a6a83-511f-4cf7-929d-f2befc4b2c8f/content>. Acesso em: 28 set. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 38.ed. rev e atual. São Paulo, Malheiros, 2014.

SIMÕES, Pedro Calafate. Raízes jusnaturalistas do conceito de direitos originários dos índios na tradição constitucional brasileira: sobre o conceito de indigenato. **Revista do Insituto Brasileiro de Direitos Humanos.** Ano 2016, Vol. 16, Número 16 - 2016. Disponível em:

<https://www.revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/354>. Acesso em: 01 out. 2023.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito.** 1 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2012. 212 p.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; BARRETO FILHO, Henyo Trindade (Org.).

Antropologia e identificação: os antropólogos e a definição de terras indígenas no Brasil, 1977 - 2002. 1. ed. Rio de Janeiro: Contracapa Livraria / LACED / CNPq / FAPERJ / IIEB, 2005.

IOIÔ, Adonias Guiome. **Relatório Figueiredo como prova de genocídio, massacres e monstruosidades perpetradas contra os povos indígenas no Brasil.** Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 460, 2018. DOI: 10.22456/1982-6524.83744. Disponível em:

<https://seer.ufrgs.br/index.php/EspacoAmerindio/article/view/83744>. Acesso em: 7 out. 2023.

VITORIA, Francisco de. **Relectio de Indis** (1538) I, 8, Corpus Hispanorum de Pace, dir. Luciano Pereña e J.M Perez Prendes, CSIC, Madrid, volume V, 1967, p. 11.

URQUIZA, Antônio Hilário Aguilera; NASCIMENTO, Adir Casaro. **Povos indígenas e as questões da territorialidade**. In: URQUIZA, Antônio Hilário Aguilera. **Culturas e história dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul**. Campo Grande, MS. Editora UFMS, 2013. cap.3, p. 53-71.

URQUIZA, Antônio Hilário Aguilera; PRADO, José Henrique. **O impacto do processo de territorialização dos Kaiowá e Guarani no sul de Mato Grosso do Sul**. Tellus, [S. l.], n. 29, p. 49–71, 2016. DOI: 10.20435/tellus.v0i29.358. Disponível em: <https://tellusucdb.emnuvens.com.br/tellus/article/view/358>. Acesso em: 2 out. 2023.