

OS DIREITOS INDÍGENAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Melissa Volpato Curi¹

Introdução

Apesar de terem sido dizimados por epidemias, guerras, escravização e, de forma geral, pelo avanço das fronteiras econômicas, os povos indígenas do Brasil sobrevivem. A Fundação Nacional do Índio - FUNAI (2008) relata que a população indígena tem crescido nos últimos 50 anos, embora povos específicos tenham perdido população e alguns estejam ameaçados de extinção. Atribui-se esse crescimento, principalmente, à prestação de serviços assistenciais pelo Estado e pela sociedade civil organizada e à demarcação, ainda inconclusa, das áreas indígenas. Ao contrário do que se previa, o índio brasileiro não se transformou em “branco”, nem foi totalmente exterminado, mas iniciou, nas últimas décadas, um lento processo de recuperação demográfica.

Segundo dados da FUNAI (2008), existem hoje no Brasil cerca de 460 mil índios, distribuídos em 225 sociedades indígenas, que perfazem cerca de 0,25% da população brasileira. Este dado populacional considera apenas os indígenas que vivem em aldeias, havendo estimativas de que, além desses, há entre 100 e 190 mil vivendo fora de terras indígenas, inclusive em áreas urbanas. Para o IBGE (2004), a população indígena em território nacional está estimada em 734 mil habitantes. Além dos números já registrados, há também grupos que estão requerendo junto ao órgão indigenista o reconhecimento da sua condição de indígena e a estimativa da existência de aproximadamente 63 grupos indígenas ainda não contatados.

¹ Advogada, Mestre em Geociências pela Unicamp, doutoranda em Antropologia da PUC de São Paulo, servidora da Funai, professora de Antropologia e Direito Ambiental da Unieuro.

Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal

Pode-se dizer que os povos indígenas estão em constante transmutação, ou seja, em uma reestruturação dos vários elementos de sua cultura num processo sempre contínuo de mudança cultural. O que se tem verificado é a vigorosa resistência da identidade cultural dos grupos indígenas brasileiros, independentemente do grau de interação que os diferentes grupos experimentam com a sociedade envolvente. Assim, apesar do contato, continuam se identificando e sendo identificados como indígenas².

Em relação aos direitos reconhecidos pelo Estado aos povos indígenas no Brasil, estes estão dispostos em nossa atual Constituição Federal, que conta com um capítulo próprio para disciplinar a matéria (Título VIII, Capítulo VIII, arts. 231 e 232) e no Estatuto do Índio, criado pela Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

A Constituição Federal de 1988 abriu um novo capítulo na relação entre o Estado e os povos indígenas, pois retirou a visão assimilacionista que permeava a legislação brasileira desde a conquista, para instituir direitos fundamentais à sobrevivência física e cultural dos índios. Assim, não pretendendo mais integrar os povos indígenas na comunhão nacional e reconhecendo seus direitos legítimos, a Constituição optou pelo respeito à pluralidade étnica e à diversidade cultural.

Anterior à Constituição, os povos indígenas possuíam na verdade direitos transitórios, já que estes eram garantidos até que os índios se transformassem em “civilizados”. Só então a partir de 1988 é que lhes foram garantidos direitos permanentes, assegurando a estes povos a manutenção de sua cultura e a legitimação de suas características próprias e diferenciadas.

O Estatuto do Índio, à época de sua criação, 1973, por sua postura progressista, foi considerado referência para outros países na constituição de mecanismos legais de proteção aos direitos indígenas. Entretanto, ao mesmo tempo em que previa a proteção da cultura indígena, tinha também como propósito integrar os índios à comunhão nacional, caracterizando a visão assimilacionista ou integracionista. Assim, muito embora tenha sido

² A frase criada no início da década de 80 por um movimento estudantil indígena formado por diversas etnias representa bem a situação atual dos povos indígenas no país: “Eu posso ser você sem deixar de ser quem eu sou” (Wilson Terena, servidor da Funai, Brasília-DF).

Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal

de grande relevância a sua criação, hoje, pode-se dizer que muitos de seus dispositivos se apresentam de forma ineficaz e ultrapassada.

A preservação da cultura indígena está relacionada com a garantia de sua organização social, conforme seus usos e costumes, o que assegura a necessidade dos índios de possuírem espaço e tempo para o desenvolvimento de suas comunidades. Portanto, não há que se falar em integrar essas comunidades à sociedade dominante, mas em proporcionar mecanismos legais para que preservem sua cultura, línguas e tradições.

Existem outros mecanismos de proteção aos direitos indígenas dispostos em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. Como exemplos, podemos citar a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe sobre os direitos dos povos indígenas e tribais, ratificada pelo Brasil em 2004; a Agenda 21 (capítulo 26 - reconhecimento e o fortalecimento do papel das populações indígenas e suas comunidades) e a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), que reconhece a importância do conhecimento tradicional das populações indígenas para o desenvolvimento sustentável.

O órgão indigenista federal responsável em tratar das questões indígenas no país é a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), criada pela Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, que veio substituir o Serviço de Proteção ao Índio (SPI)³, criado em 1910. Sua fundação ocorreu durante o regime militar, num período em que os povos indígenas eram tratados como um empecilho ao desenvolvimento nacional. Assumindo o poder em 1964, os militares controlaram durante alguns anos o extinto SPI, promovendo uma devassa no órgão e culminando em diversas acusações de participação de funcionários em atos de tortura e massacre a índios. Devido à repercussão internacional dos supostos crimes e irresponsabilidades administrativas cometidas contra os índios, o SPI foi extinto e, em seu lugar, criou-se a Fundação Nacional do Índio.

³ O SPI foi criado na tentativa de reverter a má reputação brasileira gerada pelas denúncias, nos meios de comunicação, de que o Brasil estava adotando uma política de extermínio aos povos indígenas. Foi produto do positivismo e liberalismo, que tratou o índio como um ser digno de conviver na comunhão nacional, embora inferior culturalmente. Na sua direção estava o então Coronel Cândido Mariano da Silva Rondon, um militar positivista que se notabilizara pelos trabalhos de instalação de redes telegráficas no interior do país (GOMES, 1988).

Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal

Muito embora exista uma legislação vigente no país para tratar dos direitos dos povos indígenas, bem como um órgão federal para garantir a atuação do Estado na defesa desses direitos, perpetua um grande abismo entre a teoria e a prática, legitimado, principalmente, pela postura preconceituosa da sociedade envolvente. Além da dificuldade de assegurar os direitos e interesses dos povos indígenas frente ao poderio econômico, que desconsidera o direito originário desses povos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, a sociedade ocidental continua enxergando os indígenas como povos inferiores. Diante da presença de muitos povos indígenas no meio urbano, o preconceito se externaliza, de modo geral, através da descaracterização desses povos. O fato de muitos indígenas terem adquirido valores da sociedade ocidental, que durante mais de 500 anos foram impostos a essas comunidades, instituiu uma nova forma de racismo – aquele que discrimina não por ser culturalmente diferenciado, mas por ter se tornado parecido.

O Que Estabelece a Constituição Federal de 1988

Sendo a Constituição Federal a Lei Maior do país, vale mencionar o que ela determina sobre os povos indígenas. Assim, a título de ilustração, segue um quadro sinóptico desses dispositivos. Vejamos:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

III – autodeterminação dos povos.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal

igualdade, à segurança e a propriedade (...).

Art. 20. São bens da União:

XI – As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XIV – populações indígenas;

Art. 49. É de competência exclusiva do Congresso Nacional:

XVI – autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e a lavra de riquezas minerais;

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

XI – A disputa sobre direitos indígenas.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º - A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 2º - O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurados às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

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

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

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

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

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

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum*, do Congresso

Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal

Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantindo, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, 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, ressalvando relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção, direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na formada lei, quanto às benfeitorias de boa-fé.

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

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

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 67 – A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

O Capítulo que trata exclusivamente dos povos indígenas é o Capítulo VIII, disposto no Título VIII, da Constituição (arts. 231 e 232). A introdução deste capítulo foi uma das inovações da Constituição de 1988, que passou a garantir aos índios o direito de perpetuarem sua cultura, não mais querendo integrá-los à comunhão nacional.

O artigo 231, *caput* da Constituição Federal reconhece aos índios “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Esse reconhecimento da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições indígenas é a expressão concreta do avanço da legislação em relação à defesa dos direitos desses povos. O reconhecimento legitima a cultura e garante aos índios o direito de viverem segundo seus usos e costumes.

Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal

Nesse contexto, mesmo que o legislador não tenha mencionado *ipsis literis* o respeito aos direitos internos (ou costumeiros) dos povos indígenas, pode-se dizer que o está fazendo de forma intrínseca. Não há como reconhecer aos índios suas organizações sociais, sem reconhecer seus sistemas jurídicos próprios.

O direito originário dos índios sobre suas terras está baseado em um direito congênito assegurado desde o Brasil colonial, legitimando-se, portanto, independentemente de qualquer ato constitutivo, visto se tratar de direito reconhecido⁴, desvinculado do processo demarcatório. Segundo SILVA (1992), o direito originário consagra uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato⁵, como fonte primária da posse territorial, que se consubstancia no artigo 231, § 2º da CF.

No referido artigo (231, § 2º), que a seguir será analisado com mais detalhes, “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes”. Do direito à posse permanente sobre as terras que tradicionalmente ocupam, faz-se necessário mencionar o direito de propriedade sobre as terras indígenas. Conforme o artigo 20, inciso XI, da CF, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União, o que, para SILVA (1992), cria uma propriedade vinculada ou propriedade reservada para o fim de garantir aos índios seus direitos sobre essas terras. Por isso, são terras inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis, como determina o artigo 231, § 4º, CF.

Muito embora os índios só possuam a posse dessas terras, convém lembrar que esse conceito possui um caráter próprio que ultrapassa o conceito comum de posse regulado pelo Código Civil brasileiro. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam não estão resumidos no simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria, mas revelam também o direito que seus titulares têm de

⁴ Tanto é assim que a Constituição utiliza o verbo “reconhecer” (“São reconhecidos aos índios...”), pois, se originário o direito, ela não o constitui. (GAIGER, 1989).

⁵ Instituição jurídica tradicional luso-brasileira, que tem suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o

Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal

possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Assim, a posse indígena relaciona-se com a idéia de *habitat* que esses povos possuem com as terras que ocupam. O dispositivo utiliza também a palavra “permanente”, que advém do mesmo reconhecimento da relação diferenciada que esses povos possuem com a terra, pois aqui o legislador garante ao índio uma posse “para sempre” para que este mantenha sua cultura, hábitos e tradições.

O artigo 231, § 1º, CF conceitua o que vêm a ser as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, sendo estas “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 à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

“Tradicionalmente ocupadas” não significa ocupação imemorial, ou seja, não revela uma relação temporal, na qual os índios teriam direitos sobre suas terras por estarem nelas desde épocas remotas. Nesse sentido, está afastada qualquer hipótese de que os direitos indígenas sobre suas terras poderiam advir de uma posse ou prescrição imemorial, na qual os índios teriam direitos de ocupá-las por uma espécie de usucapião.

Como já foi dito anteriormente, os direitos indígenas sobre suas terras são originários, não havendo qualquer título anterior a esse direito, que se fundamenta pelo instituto do indigenato. Assim, não há como se fundamentar o usucapião, até porque este é um modo de aquisição da propriedade e esta não se imputa aos índios, mas à União a outro título.

Pode-se dizer que o “tradicionalmente” refere-se, na verdade, ao modo tradicional dos índios de ocuparem e utilizarem suas terras, ou seja, ao modo característico dessas comunidades de se relacionarem com a terra para a garantia da sobrevivência física e cultural de seu povo.

princípio de que: “nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas”.

Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal

Da fonte primária e congênita da posse territorial (instituto do indigenato), é que deriva também o princípio da irremovibilidade dos índios de suas terras, previsto no § 5º do artigo 231, CF. Segundo o artigo, a remoção dos índios de suas terras é vedada, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional, garantindo, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

Quanto ao direito de usufruto exclusivo dado aos índios das riquezas do solo, dos rios e dos lagos (art. 231, § 2º), este implica a possibilidade desses povos utilizarem, sem restrições, os bens e recursos da área para a realização de suas atividades habituais, segundo seus usos, costume e tradições. Assim, ele pode ser interpretado como um direito que visa assegurar aos índios sua subsistência e a manutenção de sua reprodução física e cultural.

Vale lembrar que a ausência de restrições para a utilização dos recursos naturais garantida aos índios está assegurada às suas atividades tradicionais, ou seja, para que vivam, segundo seus usos e costumes, garantindo sua subsistência e sua cultura. Entretanto, caso venham a explorar comercialmente os recursos naturais, estarão sujeitos ao cumprimento de exigências e normas legais específicas, como, por exemplo, as normas da legislação ambiental (SOUZA FILHO, 1998). Um outro aspecto a ser abordado em relação à exclusividade do usufruto resguardado aos índios é a garantia de que os recursos naturais dispostos em suas terras só podem ser usufruídos por eles, não estando disponíveis, portanto, a terceiros.

O legislador, nesse ponto, ao impor limitações à prática de atividades comprometedoras do meio ambiente e da sobrevivência física e cultural das comunidades indígenas, manteve a coerência com os dispositivos que reconhecem aos índios sua “organização social, línguas, crenças e tradições” (art. 231, *caput*). E foi com a mesma intenção que impôs restrições à remoção das comunidades indígenas de suas terras tradicionais e ao aproveitamento da lavra mineral e dos recursos hídricos existentes nessas terras (artigo 231, § 3º, CF).

Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal

A Demarcação das Terras Indígenas

A demarcação das terras indígenas feita pela União tem como objetivo precisar a real extensão da posse indígena sobre as terras que tradicionalmente ocupam, para que o Estado possa efetivamente proteger e fazer respeitar todos os seus bens, como determina o artigo 231, *caput*, da Constituição Federal.

Como ensina LEITÃO (1993), o ato demarcatório tem natureza meramente declaratória, ou seja, não é um ato administrativo que constitui a terra indígena, mas é mero ato de reconhecimento. Assim, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são consideradas terras indígenas independente de demarcação, que ocorre apenas para reconhecê-las como tal e para que possam vir a ser devidamente protegidas.

Como já mencionado, os direitos indígenas de posse permanente e do usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes em suas terras, derivam de seus direitos originários, estando, portanto, mesmo sem a devida demarcação, garantidos e resguardados.

Vale considerar que o fato da demarcação se constituir em um ato declaratório não retira sua importância nem a necessidade de a União concluir esse processo. Devido ao desrespeito aos direitos indígenas, tanto em relação à sua cultura quanto à posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam, grande parte das terras indígenas possuem a presença de não-índios, que acabam se acomodando nessas terras ou as invadindo para retirar recursos naturais, como madeira e minérios.

A idéia de demarcação das terras indígena pela União surgiu com o SPI – Serviço de Proteção ao Índio, que demarcou, segundo OLIVEIRA (1998), cerca de 54 áreas indígenas, todas com seus espaços reduzidos, perfazendo no total menos de 300 mil hectares. A ideologia do SPI ainda era predominantemente integracionista, portanto, não havia problema estabelecer áreas reduzidas para esses grupos, já que não estavam interessados em manter sua cultura, hábitos e tradições.

Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal

Quando, em 1967, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) substituiu o SPI, numa época em que a ocupação da Amazônia por grandes empresas ainda estava incipiente, foi possível demarcar grandes áreas. Entretanto, o prazo de cinco anos determinado pelo Estatuto do Índio (art. 65) para o Poder Executivo completar o processo demarcatório, bem como o prazo estipulado pelo artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, também de cinco anos, não foram ainda hoje cumpridos⁶.

Nos últimos anos, houve um significativo avanço no processo de demarcação das terras indígenas no Brasil, mas ainda persistem dificuldades políticas e administrativas para a sua conclusão. Conforme os dados da FUNAI (2008), atualmente existem 653 terras indígenas reconhecidas pelo órgão, que ocupam 107 milhões de hectares, ou seja, 12,57% do território nacional.

Em relação ao processo demarcatório das terras indígenas realizado pela atual administração (Governo Lula), o documento divulgado pela Anistia Internacional (2005), intitulado “Estrangeiros em nosso próprio País: Povos Indígenas no Brasil”, revela que o número de terras declaradas como de posse indígena pelo governo atual é o pior desde o fim do regime militar. Conforme o relatório, a média de declaração tem sido de seis terras indígenas por ano, sendo que a média da administração anterior (Governo FHC) foi de 14 por ano de mandato, ou seja, em um governo que também se mostrou indiferente à matéria indígena, foram declaradas mais que o dobro que o Governo Lula.

Nesse cenário, um dos pontos polêmicos do processo demarcatório foi a demora para a homologação contínua da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol no Estado de Roraima. Segundo dados do Conselho Indígena de Roraima (2008), vivem nessa área cerca de 19 mil índios e cinco diferentes etnias⁷ que, desde 1977, passam pelo processo de demarcação.

No dia 15 de abril de 2005, com a edição da Portaria N° 534/2005, a TI Raposa Serra do Sol foi homologada pelo Presidente da República. Com o ato, iniciou-se o

⁶ **Art. 65, Estatuto do Índio:** “O Poder Executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas”. **Art. 67, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:** “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”.

⁷ Macuxi, Patamona, Taurepang, Wapichana e Ingaricó.

Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal

processo de retirada dos ocupantes não-índios da área, bem como o pagamento das benfeitorias de boa-fé, como determina a Constituição Federal. A maior parte dos ocupantes saiu da terra indígena, mas um grupo pequeno de rizicultores está resistindo à desocupação. Apoiados por políticos locais e respaldados por um poderio econômico, esse grupo de arroteiros vem promovendo campanhas e ações judiciais contrárias à demarcação contínua da terra indígena em questão.

Apesar da homologação, a questão ainda não foi definida por completo, pois persiste no Supremo Tribunal Federal o julgamento de uma Ação Popular de autoria dos senadores Augusto Affonso Botelho Neto e Francisco Mozarildo Cavalcanti questionando a legitimidade da homologação contínua da TI Raposa Serra do Sol. O julgamento no STF teve início no dia 27 de agosto de 2008, ocasião em que o Relator Sr. Ministro Carlos Ayres Brito votou a favor da homologação contínua. No entanto, após seu voto, foi pedido vistas do processo por outro Ministro da Casa, colocando em suspensão a votação.

No processo de proteção das terras indígenas, uma das maiores dificuldades encontradas pela FUNAI é a de retirada ou extrusão das pessoas não-índias dessas terras, visto estarem presentes em cerca de 85% das terras indígenas e o órgão não possuir recursos suficientes para indenizar as benfeitorias de boa-fé, como dispõe o artigo 231, § 6º, da Constituição Federal.

Segundo este artigo, “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, ou a exploração dos recursos naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvando relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção, direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé”. (Grifo nosso).

Vale dizer que a exceção final (quanto às benfeitorias) não autoriza ações e pedidos de indenização contra os índios, pois não são acionáveis, mas apenas contra a União, proprietária dessas terras, a quem cabe velar e impedir a prática de atos atentatórios aos direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas (SILVA, 1992).

Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal

A FUNAI enfrenta atualmente duas situações distintas: por um lado, a questão das terras indígenas compreendidas dentro da divisão administrativa da Amazônia Legal, por outro, a situação das terras indígenas no resto do país (LARAIA, 2000 apud BAINES, 2001).

As que estão dentro da Amazônia Legal estão recebendo financiamento para sua demarcação do PPTAL – Projeto Integrado de Proteção às Populações e Terras Indígenas da Amazônia Legal, que faz parte de um programa maior, o PPG7 – Programa Piloto de Proteção das Florestas Tropicais do Brasil, financiado pelo grupo dos sete países mais ricos do mundo. Já as áreas indígenas que estão fora dessa região continuam carentes de recursos e incentivos, o que dificulta o processo demarcatório. O PPTAL recebe apoio financeiro e técnico de agências internacionais, como o Banco Mundial, o Rain Forest Trust Fund, o Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), o Deutsch Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), do PNUD e do governo brasileiro através da FUNAI, do Ministério da Justiça e Ministério do Meio Ambiente.

Apesar da importância de um projeto que invista financeiramente para a proteção das comunidades indígenas, não há, nesse caso, como deixar de levantar pontos-chaves que acabam deixando brechas e muito a desejar nesse processo de legitimação dos direitos indígenas. O apoio financeiro desse projeto está diretamente vinculado às normas técnicas exigidas pelas agências financiadoras, assim, continuam prevalecendo interesses que estão fora das comunidades indígenas, ou seja, os da sociedade dominante. Nesse caso, a desigualdade na relação se acentua ainda mais por ser entre países desenvolvidos e comunidades indígenas dentro de um país subdesenvolvido. A antiga e atual relação de dependência e subordinação entre países de Primeiro Mundo e de Terceiro Mundo.

Segundo BAINES (2001), a questão da terra indígena no Brasil deve ser analisada dentro de um contexto histórico macro de processos políticos neoliberais em nível internacional. A abertura de economias nacionais para capitais externos especulativos, políticas de reforma e desmantelamento do Estado, a concentração da renda, a especulação financeira internacional e a conseqüente contenção radical de recursos para questões sociais, dentre as quais se encontra a política indigenista governamental, criaram relações

Os Direitos Indígenas e a Constituição Federal

sustentadas pelo privilégio do capital em detrimento de valores humanos fundamentais. E é com esse olhar que nós, população brasileira, olhamos para as comunidades indígenas, e que países desenvolvidos olham para o Brasil e para os nossos índios. Os interesses continuam sendo o econômico e o objetivo maior continua sendo o lucro.

Diante desse contexto, com a intenção final de legitimar interesses próprios, é que países internacionais, de maneira geral, apóiam projetos em países de Terceiro Mundo, sobretudo na Amazônia, que possui o maior celeiro de biodiversidade do planeta e grandes riquezas minerais.

O processo demarcatório deve levar em consideração além do procedimento técnico, o sentimento do povo que habita essas terras. O espaço a ser demarcado varia conforme as características culturais e os hábitos da comunidade em questão, o que para ser identificado, requer um estudo antropológico e um acompanhamento do processo pelos próprios índios.

Nesse sentido é que o Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, determina: “*Art. 2º - A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogos de qualificação reconhecida, que elaborarão (..) estudo antropológico de identificação*”. E, no § 3º do mesmo artigo: “*O grupo indígena envolvido, representado segundo suas próprias formas, participará do procedimento em todas as fases*”.

O Decreto nº 1.775 /96 substituiu o Decreto nº 22 /91 instituindo o chamado princípio do contraditório⁸ no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas. Assim, dentre as considerações para a conclusão dos trabalhos de identificação das terras indígenas, passaram a ser analisadas as manifestações de terceiros interessados em pleitear indenização ou demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório circunstanciado que caracterizou a terra indígena a ser demarcada.

⁸ O princípio do contraditório, segundo nosso ordenamento jurídico, é uma garantia constitucional (art. 5º, LV) consistente na outorga de efetiva oportunidade de participação das partes na formação do convencimento do juiz que prolatará a sentença (BARROSO, 2000).

Conclusão

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um avanço da legislação brasileira na defesa dos direitos indígenas e no reconhecimento da pluralidade étnica existente no país. Não mais pretendendo integrar os índios à comunhão nacional, a Constituição passou a legitimar direitos permanentes aos indígenas, pois reconheceu a organização social, línguas, crenças, costumes e tradições desses povos culturalmente diferenciados.

Apesar do contato degradante estabelecido pela sociedade envolvente com os povos indígenas ao longo desses mais de 500 anos de história nacional, o que se constata é que a cultura indígena sobrevive. Além de um constante crescimento demográfico estabelecido nos últimos anos, muitos povos vivem um processo de revitalização cultural e auto-identificação étnica.

Pode-se dizer que o foco da questão indígena foi transferido da figura do índio propriamente dito para as terras que esses povos tradicionalmente ocupam. Além dos constantes conflitos entre índios e não-índios em todo território nacional, diversos projetos econômicos buscam mecanismos para explorar os recursos naturais dispostos nas terras indígenas. Diante desse contexto, a demarcação se torna cada vez mais imprescindível, pois, embora tenha o papel apenas de declarar um direito preexistente, é ela quem pode resguardar as terras indígenas das invasões e da cobiça desmedida dos projetos econômicos.

Embasando os preceitos constitucionais, a Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 2004, é um instrumento internacional de grande relevância para a defesa dos direitos dos povos indígenas e tribais em países interdependentes. Reconhecendo a diversidade cultural, esse instrumento assegura a autodeterminação indígena, ou seja, o direito que cada sociedade possui de decidir o seu próprio destino, e a necessidade de consulta a essas comunidades sempre que projetos externos tenham como objetivo intervir na dinâmica social indígena.

Referências Bibliográficas

BAINES, Stephen Grant. **As terras indígenas no Brasil e a “regularização” de grandes projetos de desenvolvimento na Amazônia.** Revista de Antropologia Experimental, Universidad de Jáen, Espanha, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997.

CURI, Melissa V. **Mineração em Terras Indígenas: Caso Terra Indígena Roosevelt.** Dissertação de Mestrado, Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências, 2005.

FUNAI. **Índios do Brasil / Índios Hoje.** Disponível em: www.funai.gov.br. Acesso em: 20 de março de 2010. GAIGER, J. M. G. **Direitos Indígenas na Constituição de 1988 (e outros ensaios)**

Brasília: CIMI, 1989.

GOMES, M. P. **Os Índios e o Brasil – Ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência.** Petrópolis: Editora Vozes, 1988.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. *Direitos Culturais dos Povos Indígenas – Aspectos do seu Reconhecimento.* In: SANTILLI, J. (Coordenadora). *Os Direitos Indígenas e a Constituição.* Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 8ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SOUZA FILHO, C. F. M. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito.** Curitiba: Juruá, 1998.