

A TUTELA INDÍGENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A TERRA COMO DIREITO FUNDAMENTAL PARA A GARANTIA DE VIDA E LIBERDADE DOS POVOS INDÍGENAS

THE INDIGENOUS GUARANTEE IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE AND THE EARTH AS A FUNDAMENTAL LAW FOR THE GUARANTEE OF LIFE AND FREEDOM OF INDIGENOUS PEOPLES

Madson Anderson Corrêa Matos do Amaral

Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), Universidade da Amazônia (UNAMA)
madsonanderson@hotmail.com

Resumo: *O trabalho tem por escopo analisar a questão da tutela dada aos povos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro, além disso buscou-se analisar a importância das terras para os povos indígenas, uma vez que podem ser consideradas como um direito fundamental para a garantia de vida e de liberdade. Foi adotado o método histórico e qualitativo, pois foi realizada uma análise dos primeiros textos legais existentes no ordenamento jurídico nacional e internacional, e a mudança na concepção acerca da tutela até os dias atuais. Com o intuito de prestar auxílio no conhecimento do sistema jurídico e doutrinário, revelando ainda a importância da discussão da temática para a sociedade.*

Palavras-chave: *Tutela; Povos Indígenas; Direito; Terras Indígenas.*

Summary: *The purpose of this study is to analyze the question of the protection given to indigenous peoples in the Brazilian legal system. In addition, the objective was to analyze the importance of lands for indigenous peoples, since they can be considered as a fundamental right to guarantee life and freedom. The historical and qualitative method was adopted, since an analysis was made of the first legal texts existing in the national and international, legal order and the change in the conception about guardianship until the present day. With the purpose of assisting in the knowledge of the juridical and doctrinal system, also revealing the importance of the discussion of the theme for society.*

Key words: *Guardianship; Indian people; Right; Indigenous Lands.*

Introdução

O objetivo da pesquisa é analisar as normas do sistema jurídico atual de modo a esclarecer eventuais dúvidas acerca dos direitos dos povos indígenas, no que concerne às novas relações sociais e econômicas que surgem no contexto da globalização, de forma que estes direitos possam vir a ser garantidos e respeitados.

A pesquisa, coloca em pauta algumas discussões de caráter jurídico e de conceitos teóricos e práticos acerca da tutela, com o intuito de resguardar os direitos dos povos indígenas.

Diante das mudanças ocorridas no decorrer da história do Brasil, e diante da evolução da Constituição Federal e do Código Civil, em conjuntura com o ordenamento internacional, busca-se ainda averiguar se estas mudanças efetivamente garantiram seus direitos fundamentais como pessoa humana.

Busca-se ainda analisar sua capacidade diante dos fatos e atos das relações da vida civil, do seu poder como comunidade, como povo e acima de tudo como cidadão brasileiro que busca usufruir do que é plenamente de direito.

Tutela

O Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071), referiam-se aos índios de “silvícolas”, e eram considerados “incapazes relativamente a certos atos” (artigo 6, III da Lei 3.071). Em 1962 com a Lei nº4.121, acrescentou-se um parágrafo único neste mesmo artigo afirmando que “os silvícolas

ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecidos em leis e regulamentados, o qual cessará à medida que forem se adaptando à civilização do país". Revelando uma limitação ao regime tutelar dos índios e das comunidades indígenas "ainda não integrados" à sociedade (BARRETO, 2005, p.39-40).

Os argumentos seriam de que os índios estariam equiparados a crianças, na qual sua educação era muito lenta e difícil, sendo considerado natural que o legislador criasse um sistema de proteção. Demonstrando assim a crença do "infantilismo" e/ou do "retardo mental", que segundo Barreto (2005, p.40) perpetua até hoje em pleno século XXI, no entanto o autor destaca a mudança ocorrida no projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas onde:

[...] abandona os critérios de indianidade contidos no art.4º do Estatuto do índio. Apenas uma única vez (art.7º) usa a expressão "índios isolados", mas mesmo assim para garantir a integridade física e cultural e o direito de permanecerem como tais. Não cogita de incapacidade porque a nova concepção constitucional supera totalmente o entendimento de que os índios são relativamente incapazes para realização de atos da vida civil. No entanto face a reconhecida diversidade cultural, exige que seja dada proteção especial aos seus direitos.

Contudo, o atual Código Civil (Lei nº14.406 de 2002) não trata mais os índios como incapazes, partindo de uma "boa técnica", à qual remete a uma legislação especial, mas que desde logo, já esclarece que é "regular sua capacidade" (art.4º do CC), esta seria, portanto, uma mudança não apenas de técnica legislativa, mas também substantiva, enquadrando-se aos parâmetros irradiados pela Constituição Federal de 1988 (BARRETO, 2005, p.40).

A respeito do assunto Souza Filho (2004, p.107):

A Constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Além disso, reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Esta concepção é nova, e juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista. A partir de outubro de 1988, o índio, no Brasil, tem o direito de ser índio.

Todas essas mudanças se deram com o advento da Lei nº 6.001/73, que diz respeito ao Estatuto do Índio, onde introduziu o conceito de comunidade indígena ou grupo tribal, tratando-se de "um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contratos intermitentes ou permanentes, sem contudo, estarem neles integrados" (BRASIL. **Lei n. 6.001/1973**, art.3, inc. II).

A respeito do assunto Albuquerque (2008, p. 211) explica que:

A relativa incapacidade civil dos índios e o regime tutelar a que estavam sujeitos por força do antigo art.6º, parágrafo único, do Código Civil de 1916, e ainda estão por dispositivo do Estatuto do índio; art.7, da Lei 6.001/73), devem ser entendidos e interpretados à luz da CF de 1988. Esta Carta Magna rompeu definitivamente com a ideologia integracionista do Código Civil e do Estatuto do Índio, expressa em dispositivos que se referem à "integração dos índios à comunhão nacional" e à sua "adaptação à civilização" do país como objetivos a serem atingidos.

Anteriormente o índio era tratado como indivíduo (singular); só que com o Estatuto do Índio (Lei nº6.001/73), passou-se a tratar-lhe no plural, como comunidades ou grupos tribais (SOUZA FILHO, 2004, p.154).

A respeito do direito da propriedade das terras indígenas pelos índios escrito na Convenção 169 da OIT, temos que:

Art.14.

1. Dever-se-á reconhecer **aos povos** interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. [...]
2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse (grifo nosso).
(BRASIL. **Decreto n 5.051/2004.**)

Portanto o que se observa preliminarmente, é que a propriedade da União sobre terras ocupadas tradicionalmente contrastaria com as reivindicações do movimento indígena e indigenista atual, o qual luta pela efetivação da autodeterminação dos povos indígenas conforme se prevê na Convenção 169 da OIT. No entanto, ela não teria o condão de mudar o regramento constitucional brasileiro, por ter status de norma ordinária, e por se tratar de convenção internacional não aprovada pelo congresso nacional com o rito descrito na CF (VILLARES, 2009, p.119).

A aparente divergência entre as normas previstas na Constituição Federal de 1988 e a Convenção 169 da OIT, no que se refere à propriedade e posse das terras indígenas, foi desmistificada por Dallari (apud Villares, 2009, p.119):

E os efeitos de ambos são praticamente os mesmos, pois, se é verdade que pelo fato de não serem proprietários, os índios brasileiros não poderão dispor das terras que tradicionalmente ocupam, é igualmente certo, também, que a União, embora proprietária, não tem o poder de disposição. E os grupos indígenas gozam permanentemente, e com toda a amplitude, dos direitos possessórios sobre essas terras.

A respeito da matéria Albuquerque (2008, p.211) afirma que:

A relativa incapacidade civil dos índios e o regime tutelar a que estavam sujeitos por força do antigo art.6º, parágrafo único, do Código Civil de 1916, e ainda estão por dispositivo do Estatuto do Índio (art.7º da Lei 6.001/73), devem ser entendidos e interpretados à luz da Constituição Federal de 1988. Esta Carta Magna rompeu definitivamente com a ideologia integracionista do Código Civil e do Estatuto do Índio, expressa em dispositivos que se referem à “integração dos índios à comunhão nacional” e à sua “adaptação à civilização” do país como objetivos a serem atingidos.

Através da Constituição Federal Brasileira de 1988 (artigos 231 e 232 da CF) ficou assegurado aos índios o direito de permanecerem como tais, e de manterem a sua identidade cultural, enquanto povos etnicamente diferenciados, tornando-se um direito de “ser”, em respeito à diversidade cultural das comunidades indígenas (ALBUQUERQUE, 2008, p.212).

Segundo Albuquerque (2008, p.2012):

A tutela e a assistência do órgão indigenista – FUNAI – em atos negociais não podem ser encarados como uma restrição ao exercício dos direitos indígenas, mas como uma proteção especial. O Estatuto do índio de 1973 retrata, em seu art.8º, o aspecto de relações entre os “índios” e não-índios”.

A respeito da Assistência ou Tutela Indígena, a Lei 6.001/73, que diz respeito ao Estatuto do Índio dispõe em seus artigos que:

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§ 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos. (BRASIL. **Lei n. 6.001/1973**, grifo nosso).

Ainda a respeito do regime tutelar indígena, o Estatuto do Índio, dispõe que:

Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:

I - idade mínima de 21 anos;

II - conhecimento da língua portuguesa;

III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;

IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.

Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil.

Art. 11. Mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo, exigir-se-á o preenchimento, pelos requerentes, dos requisitos estabelecidos no artigo 9º. (BRASIL. **Lei n. 6.001/1973**).

Em nosso ordenamento jurídico, a capacidade processual civil distingue-se da capacidade civil, onde a aquisição da capacidade processual plena “não implica necessariamente a superação da relativa incapacidade civil e da tutela exercida pela União”, pois geralmente quem tem capacidade civil possui também plena capacidade processual civil, mas no caso do índios, os mesmos possuem uma “condição jurídica atípica”, pois os mesmos possuem relativa incapacidade civil mas plena capacidade processual, reforçando a concepção de que “a tutela é uma proteção especial, e não uma restrição ao exercício dos direitos indígenas” (ALBUQUERQUE, 2008, p.213-214).

Conforme disposto no art.232 da CF/88: “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”. Ou seja, no que se refere ao ingresso de ações na justiça em defesa de seus direitos, as mesmas não necessitam de assistência da FUNAI ou do Ministério Público, podendo serem ingressadas independentemente. Para Albuquerque (2008, p.213):

Segundo a disposição do art.232 da Constituição, o Ministério Público deve ser ouvido nas ações judiciais movidas pelas comunidades indígenas, para que emita o seu parecer, tendo em vista a sua atribuição institucional, determinada pelo art.129, V, de “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas”. Por outro lado, e independentemente das medidas judiciais de iniciativa das próprias comunidades indígenas, o Ministério Público Federal tem legitimidade para propor ações judiciais em defesa dos direitos indígenas.

O Estatuto do Índio ao tratar de tutela, prevê que ela não se presta a todos os índios, “tão somente àqueles não-integrados à comunhão nacional”. Em outras palavras “somente aos índios considerados isolados ou em vias de integração é aplicada a tutela que não é apenas individual, mas coletiva, pois se aplica as comunidades indígenas”, conforme está disposto no art.7º do Estatuto do Índio, afastando e diferenciando tutela indígena da tutela existente no Direito Civil (VILLARES, 2009, p.75).

A Constituição de 1988, portanto, assegura a capacidade de ser parte em juízo: o índio (individualmente), como também as comunidades indígenas; conforme dispõe o art. 232 da CF que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o MP em todos os atos do processo”.

O Ministério Público, tem dentre suas funções defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, conforme está estabelecido no art. 129, inciso V, da CF, que dentre as funções institucionais do Ministério Público está a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas. O MPF, deverá atuar como “substituto processual, pois a Lei maior lhe confere legitimidade extraordinária concorrente. Não se trata, portanto, de legitimação exclusiva, pois a legitimação do Ministério Público não exclui a dos índios”. Portanto, se verifica, que caberá ao Ministério Público zelar pelos interesses e direitos do autor, “em decorrência da legitimação concorrente”; e ao mesmo tempo atuará como fiscal da lei (CARVALHO, 2010, p.518-519).

O art.7º do Código de Processo Civil estabelece que “toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos, tem capacidade para estar em juízo”. Acerca da matéria Theodoro Júnior (apud VILLARES, 2009, p.60) afirma que:

Em regra geral, a capacidade que se exige da parte para o processo é a mesma que se reclama para os atos da vida civil, isto é, para a prática dos atos jurídicos de direito material (CC, arts. 9º e 13) e não tem capacidade processual quem não dispõe de aptidão civil para praticar atos jurídicos materiais, como menores e os alienados mentais. Da mesma forma que se passa com a incapacidade civil, supre-se a incapacidade processual por meio da figura da representação.

Sobre o assunto Villares (2009, p.76) comenta que:

Se a ideia de tutela como imposição de alguma restrição ao livre arbítrio do índio e limitação de seus direitos já tinha sido afastada, mesmo que continuasse a ser aplicada na prática, com a Constituição Federal de 1988 não pode haver nenhuma dúvida: ela garante expressamente ao índio a possibilidade de se organizar como comunidade ou através de organizações próprias, reconhecidas pelo direito, e de recorrer diretamente

ao Poder Judiciário na defesa de seus direitos e interesses. Ora, a autonomia é então plena, tendo o índio os mesmos direitos e obrigações dos demais e sendo reconhecido como cidadão brasileiro.

Com este novo ordenamento constitucional, foi invertida a postura da política indigenista, anteriormente utilizada, “pois agora não mais o “índio” necessita entender e incorporar-se à sociedade envolvente, mas a sociedade brasileira que deve buscar os valores e concepções étnicas”, de cada comunidade ou grupo indígena existente no território brasileiro (ALBUQUERQUE, 2008, p.225).

Ainda a respeito do assunto Albuquerque (2008, p.226) afirma que:

A atual Constituição Federal consiste em um importante e indispensável instrumento para a preservação e perpetuação de etnias diversificadas e a continuidade de línguas e tradições dos povos indígenas, mas desde que não ocorra ingerência política de grupos dominantes contrários ao direito dos povos indígenas sobre as suas terras, como no caso de madeireiros, usineiros, fazendeiros que possuem seus representantes no Congresso Nacional. Por este motivo, os povos indígenas devem estar atentos em relação às leis de seu interesse, formando uma ampla rede com a sociedade envolvente para barrar essas tentativas neocolonizatórias.

Para Villares (2009, p.76) é de suma importância para a União e uma obrigação, demarcar as terras indígenas, de modo a garantir aos seus habitantes:

O uso usufruto das riquezas naturais, implementar uma educação que respeite os costumes e línguas indígenas, proteger e fazer respeitar seus bens. Evidente, então, que a tutela é prevista constitucionalmente. Não aquela do direito civil, que substitui a vontade do representado, mas uma proteção ao índio, que tem regime público, na proteção dos interesses e direitos coletivos. A tutela prevista na Constituição se reflete em normas que instituem uma proteção e cuidado à saúde, educação, assistência social, territórios, meio ambiente e patrimônio indígena.

Os recursos naturais existentes nessas terras (Terras Indígenas) são de fundamental importância para os povos indígenas, dependendo deles intrinsecamente para o seu bem estar e para a sua reprodução física e cultural.

Segundo Villares (2009, p.214) a forma de relação dos povos indígenas com o meio ambiente é substancialmente diversa do relacionamento da sociedade moderna sendo necessária garantias legais para que a relação homem – natureza (cultura), que é específico de cada etnia, seja “respeitada e reproduzida livremente”, onde segundo o autor:

Se as normas sobre relacionamento índio e natureza fossem as mesmas relações homem não índio e natureza, haveria uma união forçada de culturas, ou uma subsunção de uma cultura (indígena) e outra (não-indígena). Preservar outras culturas é criar alternativas para as relações que hoje são desenvolvidas no seio da sociedade capitalista, além de haver um valor intrínseco que revela na beleza da manutenção da diversidade de pessoas e sociedades.

Ou seja, tendo como concepção de que os recursos ambientais são finitos e a reprodução da vida depende deles, conclui-se que a garantia dos recursos naturais é a garantia da própria reprodução da vida e da cultura indígena. Conforme está disposto no art.231, §1º da CF/88, onde dispõe que as terras indígenas são também “aquelas utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessárias à

sua reprodução física e cultural”. Logo de nada adiantaria “prever a garantia dos recursos ambientais para a reprodução da vida indígena se eles não fossem feitos de forma exclusiva, permitindo sua exploração irrestrita” (VILLARES, 2009, p.214).

Segundo Villares (2009, p.215):

Nem todos os recursos naturais das terras indígenas têm o índio como usufrutuário. Apenas as riquezas do solo, dos rios, e dos lagos nelas existentes são de usufruto dos índios que ocupam. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas não seguem a norma de usufruto exclusivo, assim como não seguem o princípio do usufruto da propriedade privada. Os potenciais de energia hidráulica e os recursos minerais são de propriedade da União, sempre (CF/88, art.20, incs. VII e IX), estejam em terras indígenas ou propriedade pública ou particular. De forma geral, os recursos hídricos podem ser bens da União (CF/88, art.20, inc. III) ou dos Estados (CF/88, art.26, incs. I, II e III). Por serem eles bens de importância social e estratégica, que se recusam à apropriação apenas para o bem-estar individual, cujo, controle é imposto à União ou aos Estados, seu usufruto não foi previsto exclusivamente aos índios.

Os bens encontrados em terras indígenas, só poderão ser apropriados apenas para a satisfação das necessidades sociais, onde “seu aproveitamento só poderá ser efetivado com autorização do Congresso Nacional” (inc. XVI do art. 49 e §3º do art.231 da CF/88), e sendo “ouvidas as comunidades afetadas” (Villares, 2009, p.215). A respeito do uso exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades presentes nas terras indígenas, o Estatuto do Índio prevê em seu art. 22, que: “Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes” (BRASIL. **Lei n. 6.001/1973**).

O que se observa diante do contexto normativo é de que não há exceções quanto ao usufruto dos índios, não havendo recepção pelo texto constitucional, o qual é tratado (o usufruto) como uma percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim do produto, da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades (art.24 da CF). Ainda sobre a forma de utilização dos recursos naturais, é importante frisar, segundo Villares (2009, p.216) que:

O usufruto exclusivo não quer dizer que o índio possa utilizar as riquezas naturais presentes dentro ou fora das terras indígenas de qualquer forma. Se a constituição protege a organização social, os costumes e tradições indígenas, quer dizer que a forma de utilizar qualquer recurso natural é protegido enquanto ela for compatível com esses atributos. Dentro ou fora das terras indígenas, a produção consoante com a organização social, os costumes e tradições indígenas jamais devem ser limitados.

Em outras palavras, todas as atividades indígenas (caça, pesca, agricultura de subsistência, pecuária, extrativismo e produção de artesanato), não podem sofrer restrições, pois possuem aparato legal de caráter constitucional, onde todas estas atividades deverão seguir as regras dos próprios povos, onde segundo Antonio Diegues (apud VILLARES, 2009, p.216), revelam uma “relação cultural”, levando a uma manutenção dos recursos:

Esses sistemas tradicionais de manejo não são somente formas de exploração dos recursos naturais, mas revelam a existência de um complexo de conhecimentos adquiridos pela tradição herdada dos mais velhos, de mitos e símbolos que levam à manutenção e ao uso sustentado dos ecossistemas

naturais.

Na Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas de 2007, no art.25, dispõe que:

Os povos indígenas têm direito em manter e fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente tem possuído ou ocupado e utilizado de outra forma, e a assumir a responsabilidade que a esse propósito lhes incumbem respeito, às gerações vindouras (NAÇÕES UNIDAS, 2007).

Em relação as condutas a serem adotadas pelos Estados em relação a utilização dos recursos naturais existentes nos territórios dos povos indígenas o art.27 da supracitada Declaração afirma que:

Os estados estabelecerão e aplicarão, conjuntamente com os povos indígenas interessados, um processo equitativo, independente, imparcial, aberto e transparente, em que nele se reconheçam devidamente as leis, tradições, costumes e sistemas de usufruto da terra dos povos indígenas, para reconhecer e adjudicar os direitos dos povos indígenas em relação as suas terras, territórios e recursos, compreendidos aqueles que tradicionalmente tenham possuído ocupado, ou utilizado de outra forma. Os povos indígenas terão direito de participar neste processo (NAÇÕES UNIDAS, 2007).

Todas as atividades consideradas tradicionais das comunidades indígenas, e fundamentais para a suas respectivas subsistências, não sofrerão qualquer tipo de restrição ou estarão condicionadas a uma autorização do Poder Público. No entanto, interesses econômicos, nacionais e estrangeiros, fazem com que referidos grupos e territórios indígenas sejam “alvo preferido de garimpeiros, madeireiros e estrangeiros que cobiçam essas áreas e recursos naturais”, não se preocupando com as consequências de determinadas atividades (predatórias), nocivas aos índios e ao meio ambiente (CARVALHO, p.2010, p.535-536).

Portanto, caberá ao Poder Público o dever de “defender e preservar o meio ambiente”, conforme está disposto no art.225 da CF. Ficando ele incumbido de tomar as providências necessárias para a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não tão somente das comunidades indígenas, mas da coletividade como um todo, de todos os cidadãos, garantindo o bem estar e a qualidade de vida das presentes e futuras gerações (VILLARES, 2009, p.222-223).

A FUNAI é o órgão da União legalmente responsável por garantir a posse permanente das terras indígenas e o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes (Lei 5.371, de 05.12.1967). Há uma clara correspondência da Lei 5.371/67 com o inc. III, da Lei 6.938/81, que define como órgãos setoriais do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA – as entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, e as fundações instituídas pelo Poder Público, que estejam total ou parcialmente associadas às de preservação da qualidade ambiental ou de disciplinamento do uso de recursos naturais.

Contudo, segundo Villares (2009, p.217), o modo de exploração dos recursos naturais “deve seguir a normatização ambiental, pois ela é destinada a moderar e racionalizar a exploração econômica, já que o meio ambiente é essencial à qualidade de vida”. Sobre o assunto Helena Regina Lobo da Costa (apud VILLARES, 2009, p.218) afirma que:

A diversidade entre povos indígenas deve ser reconhecida, não se podendo impor a todo eles um determinado modo

de vida, baseado na caça, pesca, agricultura de subsistência e extrativismo, tido como 'costumes tradicionais'. Por outro lado, não se pode ignorar que os territórios indígenas abrigam parcela significativa dos recursos naturais brasileiros, cuja proteção não é apenas fundamental em termos ambientais, mas também para a própria sustentabilidade do modo de vida social, econômico e cultural dos povos indígenas. O equilíbrio entre estes dois valores – autonomia dos povos indígenas e proteção ao meio ambiente – deve pautar a aplicação do direito neste âmbito.

As terras indígenas como um direito fundamental para a vida e liberdade

O direito à terra, é uma das principais reivindicações dos povos indígenas, sendo ela sinônimo de “espaço de vida e liberdade”. No encontro Continental dos Povos Indígenas realizado em 1990 na cidade de Quito trouxe como ponto principal à declaração que: *“el derecho al territorio es una demanda fundamental de los pueblos indígenas del continente”*. E que, portanto, assume a proporção da própria sobrevivência dos povos. Desse modo Carlos Marés afirma que: “a existência física de um território, com um ecossistema determinado e o domínio, controle ou saber que tenha o povo sobre ele, é determinante para a própria existência do povo” (SOUZA FILHO, 2004, p.119-120).

Historicamente a ocupação territorial brasileira foi marcada pela disputa entre colonizadores e povos indígenas, contudo atualmente a disputa ainda continua, no entanto em novos espaços e em novas formas de enfrentamento. Como afirma Villares de que: “a expansão da atividade pastoril e a atual lavoura intensiva da soja avançam pela Amazônia Legal, num cinturão em forma de meia lua que une os Estados de Rondônia, Mato Grosso e Pará”. Contudo, nos dias atuais a expansão da fronteira agrícola, disputa lugar com “movimentos pela preservação da natureza e por uma política de instituição de unidades de conservação, e com os territórios indígenas”, onde a demarcação de tais territórios seriam a única medida de proteção. Atualmente, a expansão da fronteira, apresenta-se de forma muito mais complexa, num país cheio de contradições, cujos enfrentamentos ocasionam a morte de inúmeras pessoas no campo; pela fragilidade da posse da terra e com a institucionalização da disputa fundiária. Mesmo o Brasil tendo atualmente uma política juridicamente instituída de proteção aos índios e às suas terras, demarcou-se as T.I.'S em aproximadamente 12,5% do território brasileiro justamente para “proteger uma porção de terras necessárias à reprodução física e cultural e garantir um espaço de liberdade para os índios”. (VILLARES, 2009, p.96-97).

As Terras Indígenas, no sistema jurídico atual brasileiro, como bem observa Souza Filho (2004, p.121-122): “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”. Logo observa-se de acordo com o autor que:

A Constituição brasileira (art.231, §1ºCF) vigente reconhece aos índios o direito original sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Por originário quer dizer que o direito dos índios é anterior ao próprio direito, à própria lei. A ocupação territorial é definida na Constituição e trata-se das terras habitadas pela comunidade em caráter permanente, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Apesar de haver coerência a solução jurídica com o sistema, há um direito mais profundo, que é o direito ao território, não podendo ser confundido com propriedade da terra, de caráter civilista; onde segundo Souza Filho (2004, p.123): “o território é jurisdição sobre um espaço geográfico, a propriedade é um direito individual garantido pela jurisdição”. Portanto o que se observa é que a constituição garante certo direito aos índios, no plural, mas que, no entanto, esse direito não teria

caráter coletivo, no que se refere a um povo, comunidade ou tribo, referindo-se estritamente à índios (caráter individual), levando a uma interpretação que que eles seriam apenas titulares de direitos.

As Terras indígenas sendo consideradas propriedades da União passariam a ser bem público. No entanto, o direito brasileiro classifica bens públicos em três categorias:

[...] os dominicais, “que são aqueles que o poder público detém como se fora um proprietário privado podendo deles dispor”; os de uso comum do povo, que “são aqueles que o poder público mantém para uso e gozo de toda população, tendo profundas restrições quanto ao próprio uso”; e os de uso especial que “são aqueles cuja destinação é um serviço público determinado, disponível apenas para uso próprio do Estado ou para prestação de um serviço público”. (SOUZA FILHO, 2004, 122-123).

Em todas as hipóteses, a posse é do poder público ou concedida a outrem, através de ato do proprietário público. No entanto, as terras indígenas são indisponíveis ao poder público, afastando totalmente a possibilidade de ser classificado como propriedade, muito menos terra pública ou particular; elas são de uso exclusivo dos povos indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições, de acordo com Souza Filho (2004, p.123), onde afirma ainda que:

É vedado o exercício do direito brasileiro de propriedade dentro das terras indígenas, mas, ao contrário, são cogentes as normas de direito consuetudinário indígena. Dentro deste raciocínio, estamos falando de território, embora sem soberania e com pouca autonomia.

O território indígena segundo Villares (2009, p.97) “é o suporte material para as relações sociais, a cultura, as tradições e as crenças de cada comunidade indígena”, a posse da terra garante a sobrevivência física e cultural de tais povos.

Com o art. 231 da CF de 1988 buscou-se efetivar a proteção da vida indígena e das futuras gerações, reconhecendo aos indígenas o direito originário sobre suas terras que tradicionalmente ocupam, logo o direito indígena sobre suas terras é um direito dominial primário e congênito. Logo este direito “é oponível e anterior a qualquer reconhecimento ou ocupação superveniente, assim, “a posse não se legitima pela titulação, mas pela efetiva ocupação indígena” (VILLARES, 2009, p.114).

Como assevera Villares (2009, p.116) “além do adverbio tradicionalmente, caracteriza terras indígenas o verbo ocupar. Ocupar tem aqui conceito jurídico diverso da posse civilista”. Ocupar, portanto, relaciona-se a um determinado território de acordo com os usos, costumes e tradições de tais grupos. Ainda acerca da matéria Silva (2003, p.858-859) afirma que:

A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios não é simples posse regulada pelo direito civil; não é posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-lo como própria. Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que as terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre ao seu habitat. Se se destinam (destinar significa apontar para o futuro) à posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é direito originário já mencionado. O reconhecimento do direito dos índios ou comunidades indígenas à posse permanente das terras por eles ocupadas, nos termos do art.231, §2º, independe de sua demarcação, e cabe ser assegurada pelo órgão federal competente, atendendo à situação atual e ao consenso histórico.

Assim como destaca Villares (2009, p.118):

Os índios são os senhores de suas terras e têm a posse de fato das áreas de ocupação tradicional de modo exclusivo". Fato este da posse permanente que no §5º do art. 231 da CF, fica vedado a remoção dos índios de suas terras, exceto nos casos de "catástrofe ou epidemia que ponha em risco, ou no interesse da soberania do País [...].

Outra proteção trazida pela Constituição à respeito das terras indígenas diz respeito à sua inalienabilidade e indisponibilidade, ou seja, as T.I.'s não poderão ser alienadas, vendidas, alugadas, concedidas ou arrendadas, por sua proprietária, a União Federal, ou pelos índios que as habitam, tendo o direito sobre elas caráter imprescritível, conforme dispõe o §4º do art.231 da CF. Para Villares (2009, p.120) essas garantias são somente: "visam proteger as terras indígenas de disputas fundiárias dignas de um país que ainda não estabeleceu as bases de ocupação do seu território". Observado possuir ainda um histórico de "massacres, expulsões, remoção e confinamento de povos indígenas, que tiveram como motor a ocupação dos territórios e o fortalecimento de uma sociedade patrimonialista e agrária".

Sendo uma das maiores garantias da Constituição, no que se refere ao reconhecimento originário das T.I.'S, é a nulidade e conseqüentemente extinção, não produzindo efeitos jurídicos quaisquer atos que tenham como objeto a ocupação e/ou domínio e a posse das T.I.'S conforme dispõe o §6º do art.231 da CF.

Logo:

(...) mesmo que as Terras Indígenas tenham sido tituladas ou cedidas, por quem quer que seja, a proteção constitucional recai sobre o direito fundamental do índio à sua terra tradicional, afastando outro direito fundamental que é a propriedade privada (VILLARES, 2009, p.120).

Embora no art. 20, inc. XI da CF declarem as terras indígenas como bens da União, o que se busca com tal dispositivo, é criar uma medida de proteção das terras indígenas, evitando a usurpação do patrimônio indígena, ainda a respeito do assunto Villares (2009, p.118) destaca:

A história dos povos indígenas no Brasil é pródiga na espoliação de seu território. Como se viu, as terras indígenas, antes bens particulares dos índios, foram tomadas nas "guerras justas"; divididas em lotes e "compradas" à força ou por pequeno valor, as aldeias reduzidas a aldeamentos e as terras escrituradas em nome da Igreja ou distribuídas pelos Estados; consideradas devolutas após se declararem os aldeamentos extintos ou a existência de povos indígenas e arrendadas pelo próprio Estado brasileiro, compete, à época, para gerir todos os bens indígenas, arrendamentos que, muitas das vezes, se transformam em posses ou propriedades oponíveis aos índios. Houve uma infinidade criativa de artifícios, quando não foi levada a cabo a simples expulsão ou morte dos índios que nela habitavam.

A Constituição de 1988 ao declarar a terra indígena como de posse permanente, "não significa um pressuposto no passado", mas sim uma "garantia para o futuro", constatado que "a questão da terra se transforma no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural" (BARRETO, 2005, p.106).

Acerca da matéria a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, em seu art.26 dispõe que:

1. Os povos indígenas têm direito as terras, territórios e recursos que tradicionalmente tem possuído ocupado ou de outra forma ocupado ou adquirido.

2. Os povos indígenas têm direitos a possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional, ou outra forma tradicional de ocupação ou utilização, assim como aqueles que tenham adquirido de outra forma.

3. Os Estados assegurarão o reconhecimento e proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos. O referido reconhecimento respeitará devidamente os costumes, as tradições e os sistemas de usufruto da terra dos povos indígenas.

Ainda por meio do Decreto 5.758 de 13.04.2006, que trata do Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas – PNAP, evidencia-se através de suas estratégias, princípios, diretrizes e metas, a importância das áreas protegidas como um meio eficaz na luta pela conservação da diversidade biológica e sociocultural, reconhecendo desde logo as Terras Indígenas como um dos instrumentos de atenção do Plano Estratégico assim como as comunidades quilombolas:

7° OBJETIVO GERAL: estabelecer um programa nacional de conservação e uso sustentável da diversidade biológica em terras indígenas e terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombos.

I. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

a) Definir estratégias para conservação e uso sustentável da diversidade biológica em terras indígenas e terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos; e

b) Implementar programa nacional de conservação e uso sustentável da diversidade biológica em terras indígenas e terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

II. ESTRATÉGIAS:

a) Articular, com os órgãos governamentais competentes, comunidades e organizações indígenas a formulação e implementação de um programa nacional de conservação e uso sustentável da diversidade biológica em terras indígenas; e

b) Articular, com os órgãos governamentais competentes, comunidades e organizações quilombolas a formulação e implementação um programa nacional de conservação e uso sustentável da diversidade biológica em terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. (BRASIL. Decreto n. 5.758/2006).

Em relação ao Decreto 5.371/67, Villares (2009, p.191) destaca que ele respeitou “a competência do órgão indigenista em relação às terras indígenas (art.3º), mas definiu-se que, em relação às terras indígenas, o plano deve ter a benéfica colaboração dos demais órgãos de proteção do meio ambiente”. Onde para o autor esta ação é imprescindível:

Tendo em vista que FUNAI, Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, Departamento de Polícia Federal e policias militares ambientais detêm competência em suas áreas para proteger as terras indígenas. O decreto parece caminhar para uma gestão integrada das diversas áreas especiais de proteção ambiental, criando um mosaico de áreas protegidas que garantem a diversidade biológica e social do país.

Portanto, o que se observa é que se criou um aparato normativo, que impedisse ou afastasse

qualquer possibilidade de ato que colocasse em risco a integridade física e territorial dos povos indígenas, pelo histórico com o qual essas comunidades já passaram e/ou ainda vem passando, histórico esse de opressão e subserviência. A respeito do assunto Helder Barreto (2005, p.38) expõe que:

Em razão de serem considerados “inferiores”, os índios foram tratados pelo ordenamento jurídico brasileiro como merecedores de um regime especial de proteção. Ocorre que, por um equívoco histórico essa “tutela” foi confundida com incapacidade.

Verifica-se, portanto, que a Constituição Federal Brasileira em conjunto com outros textos normativos, visam garantir e proteger todas as Terras Indígenas de forma a garantir o bem-estar social e o desenvolvimento cultural de determinados povos.

Conclusão

Apesar dos textos legais terem superado o entendimento arcaico e preconceituoso acerca da tutela indígena, ainda surgem nos dias atuais questionamentos acerca da defesa dos interesses indígenas e da conquista de sua cidadania, principalmente quando envolve a manutenção e a defesa do patrimônio indígena, e a luta pela defesa da sua integridade territorial.

Além disso, verifica-se que, a Constituição Federal Brasileira em conjunto com outros textos normativos, visam garantir e proteger todas as Terras Indígenas de forma a garantir o bem-estar social e o desenvolvimento cultural de determinados povos.

Portanto, a Terra pode ser considerada sinônimo de vida e liberdade para estas comunidades tradicionais.

Referências

ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 ago. 2016.

BRASIL. **Decreto n 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 10 ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 8 ago. 2016.

CARVALHO, Edson Ferreira de. **Manual didático de direito agrário**. Curitiba: Juruá, 2010, 518-519.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, DF, v.28, n.111, 1991.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDIGENAS.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2004.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

Recebido em 9 de julho de 2017.
Aceito em 14 de setembro de 2017.