



ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL: UM DIREITO ORIGINÁRIO DOS POVOS TRADICIONAIS

CONSTITUTIONAL ASPECTS OF THE DEMARCATION OF INDIGENOUS LAND IN BRAZIL: AN ORIGINAL RIGHT OF TRADITIONAL PEOPLES

Neil de Sousa DIAS

Faculdade Católica Dom Orione (FACDO)

E-mail: neildesousadias@catolicaorione.edu.br

ORCID: <http://orcid.org/0009-0008-0351-576X>

Priscila Francisco SILVA

Faculdade Católica Dom Orione (FACDO)

E-mail: priscilasilva@catolicaorione.edu.br

ORCID: <http://orcid.org/0009-0002-9717-7373>

576

RESUMO

Uma importante questão abordada nesta tese diz respeito à lei originária - termo utilizado pela constituição de 1988, admitindo como lei anterior do próprio ordenamento jurídico nacional - a população tradicional (indígena) do Brasil, que de tempos em tempos entra em conflito com diversas expectativas de direitos a invasão/ocupação de territórios característicos por populações camponesas, pequenos agricultores, grandes empresas e/ou latifundiários, bem como ações (governamentais ou não) que violem o direito à terra dos povos indígenas do Brasil consagrado na Carta Magna de 1988. Este artigo também tem como objetivo analisar os aspectos constitucionais e legais da delimitação de terras originárias, além de tratar das normas jurídicas especiais correlatas, princípios constitucionais garantem direitos em dispositivos legais, como por exemplo, o Decreto 1775/1996, que regula o procedimento administrativo para a delimitação de terras originais.

Palavras-chave: Constitucional. Demarcação. Indígena. Legislação. Princípio.

ABSTRACT

An important issue addressed in this thesis concerns the original law - a term used by the 1988 constitution, admitting as a previous law of the national legal system itself -

the traditional (indigenous) population of Brazil, which from time to time comes into conflict with various expectations of rights to invade/occupy characteristic territories by peasant populations, small farmers, large companies and/or landowners, as well as actions (governmental or otherwise) that violate the right to land of indigenous peoples of Brazil enshrined in the 1988 Constitution. With for the constitutional analysis of aspects of the delimitation of original territories and the solution of the respective special legal regimes. Constitutional principles guarantee rights in legal provisions, such as Decree 1775/1996, which regulates the administrative procedure for the delimitation of original lands.

Keywords: Constitutional. Demarcation. Indigenous. Legislation. Principle.

INTRODUÇÃO

Em tempos de violação de direitos fundamentais importantes e perigo iminente de destruição de normas constitucionais, mesmo no que diz respeito aos direitos humanos, é importante sempre lembrar, às vezes a despeito do óbvio, que os mecanismos jurídicos garantidores de direitos devem sempre ser amparados pelo Estado federal. É fundamental realizar a historiografia a fim de compreender e identificar os acontecimentos que se aproximam dos acontecimentos sobre a realidade dos povos indígenas no Brasil.

A pesquisa apresentada sintetizou o desenvolvimento histórico dos reconhecimentos jurídicos voltados para os povos indígenas e seu direito às suas terras como fonte básica de outros direitos, para os quais é necessária sua posse determinada e limitada pelo poder público.

É importante ressaltar que os direitos dos povos indígenas, mesmo que atualmente consolidados, sofreram com o próprio Estado ao longo da história com a tentativa de destruir sua cultura e sua identidade, uma vez que a ideia de integração dos povos indígenas ao sistema nacional era sobre o processo de aculturação dos povos indígenas originários.

Nosso objetivo geral é analisar o procedimento administrativo na delimitação de territórios indígenas à luz da Constituição Federal de 1988 (atual Carta Magna) e decifrar do ponto de vista constitucional a base legal que fundamenta a

regulamentação da norma do procedimento na delimitação dos territórios indígenas no Brasil. Quanto aos aspectos históricos, abordaremos os conceitos inerentes a este tema, ou seja, Terra Indígena, Direito Indígena, etc. Procurando sempre acompanhar seu desenvolvimento.

Também procuraremos tratar dos detalhes de cada etapa do procedimento demarcatório, tratando de suas nuances, contidas na legislação brasileira, desde as regulamentações dos órgãos competentes até as decisões do Supremo Tribunal Federal. Exploraremos também, princípios constitucionais relacionados ao procedimento de delimitação de terras originárias.

Afinal, nossos objetivos específicos se baseiam em após examinar o procedimento demarcatório sob sua vertente jurídica, buscar apresentar um conjunto do procedimento demarcatório de terras indígenas com respaldo legal, com base nos aspectos constitucionais mais importantes, contidos no texto constitucional de nossa atual Carta Magna, bem como nos princípios que a propõem.

Por fim, para alcançar tal objetivo o trabalho utilizou como parâmetro a compilação coletadas por meio de pesquisa bibliográfica e documental para esclarecimento da questão proposta.

No capítulo 2 será abordado acerca do direito à posse de terras indígenas, desde o período colonial à atual constituição federal, no capítulo 3 este artigo trata acerca da demarcação de terras indígenas no Brasil, já no capítulo 4 este trabalho elucida sobre uma análise sobre a perspectiva constitucionalista acerca da demarcação destes territórios indígenas. Por fim, as suas considerações finais com a explanação geral sobre o tema que foi debatido.

DIREITO À POSSE DE TERRAS INDÍGENAS: DO PERÍODO COLONIAL À ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Desde o período colonial é reconhecido o direito à terra para os povos indígenas brasileiros, embora com finalidades diferentes da legislação moderna, a primeira legislação buscava assegurar a aculturação da população indígena, já sendo garantida pelo Alvará Régio de 30 de julho de 1609 os direitos da população indígena (PEREIRA, 2022).

Recorde-se que a coroa portuguesa, através de um decreto régio (de 1 de abril de 1608), declara que os indígenas eram os senhores dos seus domínios, incluindo a disponibilização de um local para a sobrevivência dos indígenas deslocados. É importante dizer que o regime de posse da terra era sesmarial (lei das sesmarias) a atribuição do termo sesmarias deveu-se ao antigo costume de dividir a terra em seis partes, ou seja, a divisão da terra tinha o objetivo de estimular a produção, mesmo assim, os direitos dos povos indígenas a seus territórios foram garantidos porque foram aceitos como direitos naturais e primários (PEREIRA, 2022).

Observa-se que a permanência dos aldeões em suas terras era uma garantia de que não seriam molestados e aos deslocados também foi garantida a propriedade da terra para agricultura, declarando o direito de posse da terra aos povos indígenas como um direito primário e natural.

No período colonial, como já visto, havia diversas normas que estabeleciam garantias e direitos fundiários para a população indígena brasileira. Não foi diferente nos anos seguintes, mesmo durante a transformação do Estado Absolutista em Estado liberal, aquando da declaração da independência e da outorga da primeira constituição do império (1824) pela Casa de D. Pedro I, os direitos dos povos indígenas em legislação específica, esses direitos foram ratificados diversas vezes no período colonial, o que não foi abolido pela Constituição do Império (PEREIRA, 2022).

No período em que ainda vigorava a constituição de 1824, foi promulgada uma lei fundiária com a reforma de 1834 – Lei 601 de 18 de setembro de 1850 – que visava regulamentar o regime de posse de terras no Império. Desde então, considera-se que a Lei da Terra excluiu a terra aborígine do conceito de terra desocupada por causa do direito nativo nela contido (PEREIRA, 2022).

Porém, deve-se entender que mesmo com a reforma da Constituição de 1834, a intenção do Estado naquele momento era a colonização da população indígena, mantendo-se as contradições entre a garantia dos direitos indígenas e a regulamentação do povoamento, uma vez que a lei de terras, juntamente com o Decreto n. 1.318/54, dispunha que parte das terras desocupadas seria destinada à colonização – de acordo com o artigo 12 da Lei e os artigos 72 e 73 do Decreto.

As contradições evidenciadas entre as garantias dos direitos indígenas e o que consta na Lei de Terras e na Portaria que regeu os assentamentos levantam a questão

se as terras originais voltariam ou não ao conceito de terras vazias. O raciocínio por trás dessa pergunta é que as terras indígenas que já foram assentadas e cujos assentamentos foram estabelecidos estão fora do conceito de terra livre, por outro lado, os territórios desabitados pertencentes a estados onde os assentamentos foram estabelecidos são terras livres conceitualmente.

A propriedade das terras indígenas tinha, assim, no pensamento de Freitas Júnior (2010), um lugar em um sotaque diferente daquele introduzido pela propriedade civil, pois era garantida como direito fundamental, como pensávamos anteriormente como direito indígena, ou seja, já existentes para o ordenamento jurídico nacional.

O Brasil tornou-se uma república em 1889, e sua primeira constituição só foi promulgada dois anos depois, em 24 de fevereiro de 1891. Nesse sentido, é importante mencionar que a constituição de 1891 não consagrou os direitos dos indígenas, foi apenas consagrado na constituição de 1934.

Está registrado na Constituição de 1934, em seu artigo 5º, inciso XIX, inciso “m”, a competência exclusiva da União para legislar sobre a absorção dos povos indígenas na comunidade nacional (anexo à ideia de civilização), in verbis:

Art 5º - Compete privativamente à União:

[...]

XIX - legislar sobre:

[...] incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (BRASIL, 1934).

Nota-se que apesar da garantia da inviolabilidade (respeito) da propriedade da terra pelos então indígenas brasileiros, há uma proibição explícita no texto, ou seja, a alienação de tais terras. A alienação das terras nativas era proibida para evitar sua devastação e ocupação predatória, enquanto sua posse era garantida pela população indígena ali instalada permanentemente para possuir uma terra, deveria ocupá-la por muito tempo. O passado de certa forma significava que a Constituição de 1934 claramente previa garantias e direitos para os povos indígenas do Brasil.

A Constituição de 1934, partindo do pressuposto de que respeitava os direitos dos índios brasileiros quanto à propriedade da terra, equiparou-se ao que já havia sido estabelecido na Carta Régia de 1º de abril de 1680, mas ampliou sobremaneira as

garantias e proteção dos direitos de posse das terras indígenas, vedando, como já mencionamos a alienação dessas terras (BRASIL, 1934).

Segue-se a promulgação de outro diploma constitucional, a Constituição Federal de 10 de novembro de 1937. Esse diploma constitucional, embora assegurasse a propriedade da terra aos indígenas brasileiros, era omissivo quanto ao legislador a respeito e só foi consagrado na constituição seguinte (BRASIL, 1937).

Apesar da omissão quanto ao poder legislativo na Carta Constitucional de 1937, o novo texto da Constituição de 1946, inscrito em seu artigo 5º, inciso XV, alínea “r”, assim afirmava:

Art 5º - Compete à União:
[...]
XV - legislar sobre:
[...]
r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (BRASIL, 1937).

Assim, o novo texto constitucional volta a prever a competência legislativa exclusiva da União no que diz respeito ao que o próprio texto chama de integração dos produtores florestais na comunidade nacional. Também preservou o direito à propriedade da terra para os povos indígenas brasileiros, com apenas uma pequena alteração no texto em relação ao que constava na constituição de 1934 ao invés da frase “desde que não a transfiram” para “alienados de sua alienação” referindo-se à condição de posse de suas terras (BRASIL, 1937).

Apesar da mudança nos termos utilizados, a semântica dos textos anteriores contidos nas constituições de 1934 e 1937 não mudaram. Antes de passarmos à seguinte constituição, cabe registrar rapidamente um fato importante e antecedente, inclusive a constituição de 1934, que foi a criada por meio do Decreto 8.072, de 20 de junho de 1910 – dos Trabalhadores Nacionais do Índio e da Localização (SPILTN), posteriormente em 1918, substituído pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI).

Nesse sentido, o SPI baseou-se inicialmente no direito dos povos indígenas à autoafirmação e à garantia da preservação de seus respectivos territórios, com a função de estabelecer diretrizes para a política indigenista brasileira. Sobre a criação do SPI e como ele funciona, o famoso Ribeiro (2000) acredita que pela primeira vez, o respeito às tribos indígenas como povos que tinham o direito de ser eles mesmos, de

professar sua fé, de viver da única maneira que podiam, foi estabelecido como princípio de direito.

Apesar do tamanho das opções de atuação do referido órgão (SPI), sua atuação tem se tornado cada vez mais incerta e muitas vezes diametralmente oposta aos direitos indígenas. Segundo as palavras de Oliveira e Freire (2006), o SPI utilizou um quadro de pessoal heterogêneo, desde o exército positivista até trabalhadores rurais sem formação. Os regulamentos e planos de ação introduziram uma pedagogia nacionalista que controlava as demandas indígenas, o que poderia levar a situações de fome, doenças e superpopulação, contrariando os objetivos do serviço.

Portanto, a própria norma que criou o Serviço de Proteção ao Índio, o endurecimento do regime militar, com a aprovação do Ato Institucional nº 01. Além da inovação, estendendo o conceito de posse da terra aos indígenas brasileiros, a Constituição Federal de 1967 passou a incluir as terras indígenas como patrimônio da União, garantindo aos indígenas maior proteção aos direitos fundiários da época.

Apesar das questões de direitos civis vilipendiadas nesse processo de restauração do regime ditatorial brasileiro, a inclusão das terras indígenas na União, segundo Villares (2009), evitou “a alienação de terras indígenas apoiadas por estados e municípios e a usurpação por posseiros e oligarquias rurais locais”.

A Emenda Constitucional nº 01 preservou a inclusão dos territórios indígenas como patrimônio da União consagrada na Constituição de 1967 e também preservou a exclusividade da União no que diz respeito às competências legislativas relativas à integração dos povos indígenas à sociedade. Também preservou o conceito de propriedade fundiária indígena, que garantiu o direito dos indígenas não apenas à permanência em suas terras, mas também ao uso exclusivo de seus recursos naturais, o que também é um fator de proteção contra possíveis invasões e/ou outros ataques de habitantes estrangeiros – índios (BRASIL, 1969).

A declaração de nulidade e cessação dos efeitos jurídicos dos atos que objetivavam controlar, deter ou ocupar áreas habitadas por povos indígenas contida na Emenda Constitucional nº 01 prescreve uma garantia legal e constitucional inovadora, não obstante a preservação de alguns direitos contidos na carta de 1967 (BRASIL, 1969).

Nos tempos do regime ditatorial civil-militar brasileiro, foi criada a Lei n. 6.001 de 1973, mais conhecida como Estatuto do Índio. Essa lei, embora trabalhasse mais detalhadamente sobre o direito indígena, ainda mantinha a ideia de integração/assimilação, aspecto que foi preservado graças aos interesses políticos e econômicos da época (BRASIL, 1973).

Como colabora Bôas Filho (2003), como não poderia deixar de ser, uma vez que a lei esteve claramente exposta a intervenções de ordem econômica e, sobretudo política durante o regime militar, a Lei nº 6.001/73 apresentará uma série de dispositivos que evidenciam a evidente intenção de integrar comunidades indígenas na sociedade brasileira para que não atrapalhem o desenvolvimento do país e a exploração de seu interior.

Com relação à delimitação de terras indígenas, o parágrafo 2º do artigo 19 do Estatuto dos Povos Indígenas dispunha que não haveria vedação à delimitação feita nos termos da Lei de uso do direito de propriedade ou ação de demarcação é opcional (BRASIL, 1973). Finalmente, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição Civil, termo utilizado por Ulisses Guimarães (2002).

Diferentemente das constituições anteriores, a atual Carta Magna, trata mais precisamente dos direitos dos indígenas brasileiros. Corroborando esse achado segundo Bulos (2009), pode ser chamada de “constituição dos índios”, justamente pelo interesse de seus legisladores pelo tema, inspirados nas constituições da Colômbia e do Paraguai.

São diversos os dispositivos destinados a garantir e proteger os direitos da população indígena brasileira, havendo um capítulo inteiro na Constituição de 1988 dedicado ao assunto. Além disso, a Constituição de 1988 define o conceito jurídico de terra indígena, que reconhece o direito à propriedade da terra indígena como um direito originário dos povos indígenas brasileiros (BRASIL, 1988).

Assim, no caput do art. 231 CF/88, em relação ao conceito jurídico de terra indígena, a Constituição Civil revela dois importantes dispositivos constitucionais, a saber: (a) direitos indígenas; b) ocupação tradicional dos povos indígenas em seu território (BRASIL, 1988).

A utilização do termo “direitos indígenas” demonstra a diferenciação relativa ao direito de posse civil em termos de posse da terra nativa, pois considera o direito dos

povos indígenas à terra como um direito fundamental. Nesse sentido, segundo Silva (2004), “o termo originário se refere a um direito anterior ao próprio Estado brasileiro, um bem inato, legítimo por direito próprio, em oposição a um bem adquirido que deve atender aos requisitos civis de reconhecimento”.

O reconhecimento do direito originário, a previsão constitucional, também é discutido por Silva (2012), que aludi que ao reconhecer o direito indígena à terra, a constituição federal de 1988 tem como fundamento o instituto indigenato, ou seja, o direito indígena à terra é inato, pois é um instituto luso-brasileiro, datado dos tempos coloniais quando Alvará de 1º de abril de 1680, que previa que o direito dos indígenas, senhores primários e naturais, estaria sempre reservado às terras concedidas a particulares.

É claro que o primeiro dos dispositivos constitucionais subjacentes ao conceito jurídico de terras indígenas, demonstrado no capítulo do artigo 231 CF/88, é o direito indígena. Decorre, conforme explicitado no parágrafo 1º do referido artigo, a ocupação tradicional da terra pelos indígenas brasileiros (BRASIL, 1988).

Por fim e não menos importante, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Artigo 67 - Lei das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República - define o prazo de cinco anos para a conclusão da demarcação dos territórios indígenas no Brasil, embora o entendimento da melhor lei não se limite ao prazo já ultrapassado, mas este deve ser cumprido (BRASIL, 1988).

Apesar do conflito de opiniões entre os estudiosos brasileiros sobre a natureza jurídica das terras indígenas - sejam elas de domínio público ou de uso especial e ainda diversa da natureza administrativa ou civil - a verdade é que, em primeiro lugar o texto constitucional os considera essenciais territórios para a atuação da proteção ambiental, seu bem-estar, sua reprodução física e cultural, o que é indissociável do próprio conceito de terra originária.

A posse da terra originária, para melhor entender, é a posse coletiva, a terra é indispensável para a tradição, para a continuidade dos traços identitários das diversas etnias, que são inerentes aos traços culturais intimamente relacionados à posse de suas terras.

Assim, como já visto, a propriedade indígena da terra difere do conceito de propriedade civil ensinado por Souza Filho (2012) quando afirma que a legislação

brasileira conseguiu criar uma situação especial para os povos indígenas e seus territórios, tornando-os propriedade pública, estatal e privada, mas coletiva, não identificável individualmente. O próprio texto constitucional explica a natureza jurídica das terras indígenas brasileiras quando, no parágrafo quarto do art. 231 da CF/88, especifica que o próprio termo constitucional caracteriza (BRASIL, 1988).

DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL

No capítulo anterior, tratamos de um breve apanhado histórico do direito à propriedade da terra natal dos povos indígenas do Brasil desde o período colonial até o desenvolvimento constitucional republicano. Neste capítulo, iremos abordar acerca de dados atuais sobre o assunto [Demarcação de Terras Indígenas] e discutiremos os mecanismos de demarcação dos territórios indígenas no ordenamento jurídico brasileiro.

Importa, a priori, brevemente, retornar ao conceito constitucional-legal de terra dos índios descrito no capítulo anterior, respeitando quatro pontos importantes para sua formação conceitual, quais sejam, os apontados pelo artigo 231 da CF/88 (BRASIL, 1988).

Assim as terras indígenas (tradicionalmente ocupadas) são, portanto, terras permanentemente habitadas pelos povos indígenas brasileiros, utilizadas para atividades produtivas necessárias à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e necessários à sua reprodução física e cultural.

Para que as terras indígenas cumpram seu conceito constitucional, é necessário que o Estado faça valer sua proteção, definindo seus limites e, portanto, assim como este termo é estabelecido no artigo 65 CF/88, definindo um prazo, delimitando as terras indígenas ao longo do território do estado (BRASIL, 1988).

A definição do Procedimento de Delimitação de Territórios Indígenas é moldada pelas palavras de Marés (2003) como “a forma processual pela qual o poder público federal reconhece a ocorrência dos elementos descritos no artigo 231, parágrafo primeiro, da Constituição Federal em uma determinada terra”.

Sabe-se que a demarcação de terras indígenas no Brasil visa fazer valer a norma constitucional a respeito do conceito jurídico de terras indígenas (BRASIL, 1988, art. 231) bem como o estabelecido no artigo 65 do Estatuto do Índio e no artigo 67 da

Constituição Federal de 1988, significando a urgência e necessidade da demarcação em todo o país.

Apesar dos objetivos da demarcação dos territórios indígenas, é preciso lembrar que independentemente da demarcação, ou seja, do procedimento administrativo que define a área indígena, as terras indígenas, ou melhor, o direito de propriedade das terras indígenas dos povos indígenas brasileiros, é um direito preexistente do ordenamento jurídico nacional que seja considerado o território originário mesmo antes da delimitação.

A importância da conclusão do procedimento administrativo na demarcação de terras indígenas é imprescindível no que diz respeito à intrusão de não indígenas em seu território, bem como à atuação de grupos econômicos (garimpeiros, proprietários de terras etc.) próprio Estado, que ameaçava a integridade das terras indígenas, bem como a cultura e até mesmo a sua existência [dos povos tradicionais].

As três etapas desse processo geralmente criam obstáculos que ameaçam o andamento do processo de definição do escopo. Em primeiro lugar, está na condução dos estudos da FUNAI, no que diz respeito aos prazos para envio dos estudos, alta complexidade e burocracia administrativa que não cumpre os prazos legais e acaba levando anos para ser concluído. Além disso, membros da sociedade civil apontam a existência de um possível esvaziamento da Funai pelo governo federal, que reduziu verbas e pessoal.

Por fim, há sérios problemas na fase de homologação, tendo em vista que um decreto modificado pelo Ministro da Justiça, posteriormente encaminhado para homologação pelo Presidente da República, pode esperar muito tempo até ser convertido em decreto. Além disso, o decreto de homologação também é constantemente alvo de ação judicial.

Além da previsão constitucional de delimitação territorial do artigo 231 da Constituição, o artigo 64 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias estabelecia que a União devesse concluir a delimitação dos territórios indígenas em até cinco anos de sua promulgação, o que não foi implementado. A intenção era concluir os processos de piquetagem que já estavam em andamento e iniciar o piquetagem em locais que ainda não haviam sido iniciados (BRASIL, 1988).

Infelizmente, isso não aconteceu na prática. Vinte e sete anos após a promulgação da CFRB, muitas terras ainda não foram demarcadas pelo poder executivo federal, causando enormes prejuízos aos povos indígenas que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Hoje, são conhecidas 544 terras indígenas em território brasileiro. Deste total, 426 lotes já estão demarcados e devidamente registrados, 14 lotes aprovados pelo Presidente da República, mas inscritos no registro, 66 lotes declarados pelo Ministro da Justiça a aguardar homologação presidencial e 38 lotes de terreno delineado por estudos da Funai, seja na fase de contraditório administrativo ou na análise do Ministro da Justiça. Atualmente, 129 deles estão em fase de estudos de demarcação.

ANÁLISE SOBRE A PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA

O procedimento de delimitação é um mecanismo com forte apelo constitucional e de extrema importância para garantir e proteger os direitos dos indígenas quanto à propriedade de suas terras. Tais garantias legais são reforçadas por princípios constitucionais que são fundamentais e formam normas que cristalizam o direito por expressa disposição constitucional.

Aqui estão os aspectos constitucionais básicos para o procedimento de delimitação, porque os princípios constitucionais são o guia do sistema normativo e o fator condicionante para a interpretação e aplicação das normas.

A delimitação dos territórios indígenas no Brasil, como já discutimos anteriormente, é um fator importante na proteção dos direitos dos povos indígenas, não apenas no que diz respeito à terra indígena, mas também a tudo o que a cerca e, portanto, o procedimento pois a delimitação dos territórios indígenas está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A preservação histórico-cultural da população indígena, a proteção ambiental de seu território depende, portanto, principalmente da proteção de suas fronteiras, pois a derrubada dos direitos de possuir o território indígena significaria também a destruição de sua cultura e de outros fatores humanos que constroem sua identidade étnico-cultural.

No entanto, é importante dizer que a preservação dos direitos, cultura, história e memória indígenas e garantias que incluem sua proteção social, reprodução, auto

identidade, etc., incluem a dignidade da pessoa humana, pois significam garantir a continuidade dos elementos que constituem a pessoa humana, por assim dizer, a sua essência.

Outro princípio importante que discutiremos nesta tese diz respeito ao Princípio da função social da propriedade relacionado ao procedimento de demarcação de terras indígenas, que, ao contrário do senso comum, permanece amparado no procedimento de demarcação em sua finalidade, que é a formalização dos limites das terras originais.

Eis o aporte dos Princípios da Função Social da Propriedade na Constituição Federal de 1988. Percebe-se que para o cumprimento da função social da propriedade é necessário o respaldo de pelo menos quatro condicionantes, que constam no art. 5 aqui discutido.

Nessa área, é importante dizer que a função social da terra não se limita à sua exploração econômica, muito pelo contrário, sua não preservação seria inatividade do uso da terra nesse aspecto, afinal, um dos critérios de a função é a proteção ambiental.

Não há uma ideia fechada do que pode ser essa função social da propriedade, pois a que se destinam as terras ocupadas pelas populações tradicionais, mas também a preservação do que Marés (2003) chama de “sociodiversidade, ligada à biodiversidade”.

A função social das terras destinadas aos povos indígenas está, portanto, justamente nas garantias de que por meio da proteção das terras indígenas haverá proteção e garantias para a preservação de suas culturas.

A Constituição Federal de 1988 consagra direitos importantes para os povos indígenas, como o direito originário às suas terras (BRASIL, 1988). Seria uma ruptura com o Estado Democrático de Direito, medidas legislativas, que indicava a regressão desses direitos.

O princípio da proibição do retrocesso social ou o princípio do não retrocesso é um princípio implícito na Constituição Federal, pois não possui referência textual expressa na CF/88, mas previsibilidade implícita devido às proteções e garantias da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A Carta Magna dos direitos sociais adquiridos. É importante mencionar que o princípio da proibição do retrocesso, ou melhor, sua tendência doutrinária, surge em decorrência da violação do princípio da confiança

decorrente do princípio do Estado de Direito, violação que torna atos reacionários já adquiridos inconstitucionais.

O princípio em discussão é o da derivação de uma garantia jurídica dos direitos sociais adquiridos. A proibição de retrocessão limita o poder legislativo ao parâmetro dos direitos já adquiridos, não podendo o legislador limitar os ganhos sociais sob pena de inconstitucionalidade.

É evidente a importância e a necessidade da aplicação do princípio da proibição do retrocesso social na delimitação dos territórios originários em um país onde continua a luta pela conquista de patamares básicos de direitos sociais para a população tradicional. Sua preservação e extensão [dos direitos originários] devem ser absolutamente necessárias para garantir a coerência da constituição federal com o ordenamento jurídico nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi analisar o procedimento administrativo na delimitação de territórios indígenas à luz da Constituição Federal de 1988 (atual Carta Magna). Como vimos no desenvolvimento deste trabalho, desde os primeiros passos constitucionais da história de nosso país, embora a invasão dos portugueses, mais precisamente no período colonial que se seguiu, a resistência dos tradicionais povos indígenas brasileiros na luta por direitos, especialmente pelo direito originário de suas terras, pode ser identificada pelo próprio desenvolvimento legislativo.

Inicialmente, desde o período colonial, buscou-se acompanhar as constituições anteriores no que diz respeito ao tratamento dado a cada uma delas especificamente no que diz respeito aos conceitos de terra indígena, etc., bem como traçar o desenvolvimento histórico do ordenamento jurídico nacional e sistema de direito de posse das terras ocupadas pelos indígenas brasileiros até a norma constitucional vigente.

As noções relativas à terra originária e a concepção dos direitos originários dos povos indígenas brasileiros, como já afirmamos em outro lugar, passaram por um processo de desenvolvimento histórico que provocou certa consolidação de direitos, especialmente no que se refere ao direito à terra, que continua sendo de fundamental

importância para a proteção e preservação da cultura indígena e demais fatores de identidade, bem como para sua própria sobrevivência.

O caráter civilizatório (aculturação), o caráter assimilador das constituições anteriores antes da atual constituição federal foi percebido com o intuito de integrar a população indígena à cultura não indígena, que era considerada a cultura nacional, ou seja, é possível observar desrespeito e a violência do Estado contra a população indígena brasileira, sua cultura e história, embora tenha havido claramente um contínuo desenvolvimento legislativo positivo.

Continuou analisando conceitos constitucionais (CF/88) a respeito de terras indígenas, direito indígena, etc., bem como explorando as nuances da doutrina existente no direito brasileiro, apesar das extensas referências doutrinárias internacionais, bem como da legislação estrangeira (que não era a objeto de estudo deste trabalho) respeitada e aceita no ordenamento jurídico brasileiro.

Ganha força e formato mais autônomo o surgimento de um conceito relacionado ao direito indígena dos povos indígenas quanto à propriedade de suas terras, com foco na defesa dos direitos humanos por meio da adoção da nossa atual constituição federal.

Entendemos que as terras indígenas são de propriedade da União (natureza jurídica de bem público inalienável e inacessível, de uso especial, cujos direitos não são prescritivos), cabendo à União o processo administrativo de definição dos povos indígenas e suas terras, sob a gestão da autoridade competente (FUNAI) com a participação efetiva do Ministério da Justiça e da Presidência da República.

O direito original de possuir terras indígenas foi considerado distinto do título civil, pois foi tratado como um direito fundamental e não apenas como um direito de usufruto tradicional à propriedade. Nesse sentido, constatou-se também que a tutela dos territórios originários por meio do processo demarcatório, conceitualmente com base em nossa constituição federal, possui apenas natureza declaratória, pois esse direito já existe no ordenamento jurídico pátrio.

O direito à propriedade da terra dos povos indígenas em nosso país é muito mais que um direito de propriedade civil em nosso ordenamento jurídico, pois representa a continuidade da existência de seu espaço, de seu povo, de sua língua e de sua identidade. Também representa a sobrevivência de sua história.

Foi também um processo de delimitação de territórios indígenas, iniciado por meio de portaria do órgão competente (FUNAI), passando por todas as etapas do procedimento, desde a fase de estudo antropológico até a interdição da área indígena protegido pela FUNAI.

Foram analisados os princípios constitucionais relacionados com o procedimento demarcatório e verificou-se que pelo menos três princípios importantes lhe estão associados, nomeadamente: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o princípio da proibição do regresso social e o princípio da Função Social da Terra.

Deve-se mencionar que os povos indígenas, não apenas pelo direito fundamental de possuir e usar suas terras, mas, claro, também gozam de toda uma gama de direitos sociais contidos em nossa constituição federal. O que precisa ser entendido é que para os povos tradicionais, a proteção de suas terras é essencial para o gozo desses direitos.

Apesar de todos os matizes que decorrem do texto constitucional contido no direito dos povos tradicionais a seus territórios, um importante instrumento jurídico e mecanismo básico para a proteção dos territórios indígenas (e dos fatores humanos, históricos, étnicos e culturais que isso acarreta) é o procedimento de delimitação – regulamentado pelo Decreto 1.775/1996 – que dá sentido ao conceito constitucional de terras indígenas e limita o processo predatório de aculturação e destruição do ambiente natural das populações tradicionais.

Portanto, o Estado deve cumprir seu dever de guardar e manter essas terras e esses povos plenamente preservados, para manter sua força e respeito, conforme consta na Constituição da República Federativa, em que em suas cláusulas pétreas impõe o devido respeito a todos os seres humanos e até mesmo a promoção da paz social.

REFERÊNCIAS

BÔAS FILHO, Orlando. Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo. *In*: BITTAR, Eduardo. **História do direito brasileiro**: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas. 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 05 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto 1.318 de 30 de janeiro de 1854**. Manda executar a Lei n.º 601 de 18 de Setembro de 1850. Rio de Janeiro, RJ, 30 jan. 1854. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim1318.htm. Acesso em: 30 jan. 1854.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF, 17 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834**. Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. Rio de Janeiro, RJ, 12 ago. 1834. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-16-12-agosto-1834-532609-publicacaooriginal-14881-pl.html>. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL. **Lei no 601, de 18 de setembro de 1850**. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF, 19 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.
CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

FREITASJUNIOR, Luís de. **A posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como um instituto diverso da posse civil e sua qualificação como direito constitucional fundamental.** 2010. 247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra.** Porto Alegre: SAFE, 2003.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil.** Brasília: SECAD/MEC; UNESCO; LACED/UFRJ, 2006.

PEREIRA, Meire Rose Santos. O processo de demarcação de terras indígenas: o poder público federal deve aplicar o artigo 231 da Constituição. *In: Terras indígenas no Brasil.* São Paulo: CEDI/PETI, 1990.

PEREIRA, Meire Rose Santos. Capítulo VIII – Dos Índios. *In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Meire Rose Santos. **Direito dos povos indígenas,** Tomo Direitos Humanos, Edição 1, Março de 2022.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização:** a integração das populações indígenas no Brasil moderno. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo .** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Lásaro Moreira da. O reconhecimento dos Direitos Originários dos Índios sobre suas Terras Tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a Extensão do Conceito de Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas. **Revista Jurídica Unigran,** Dourados/MS, v. 6, n. 11, jan./jul. 2004.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá, 2012.

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