

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

GABRIEL MONTE SOUZA

**A TERRA INDÍGENA COMO PATRIMÔNIO CULTURAL E O SEU
RECONHECIMENTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

RECIFE
2016

GABRIEL MONTE SOUZA

**A TERRA INDÍGENA COMO PATRIMÔNIO CULTURAL E O SEU
RECONHECIMENTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Henrique Weil Afonso.

RECIFE
2016

Souza, Gabriel Monte.

A terra indígena como patrimônio cultural e o seu reconhecimento pela constituição federal. / Gabriel Monte Souza. – Recife: O Autor, 2016.

44 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Henrique Weil Afonso.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Terras indígenas. 2. Povos originários. 3. Cidadania diferenciada. I. Título.

34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2016-446

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

GABRIEL MONTE SOUZA

A TERRA INDÍGENA COMO PATRIMÔNIO CULTURAL E O SEU
RECONHECIMENTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Defesa pública em Recife-PE, 14 de JUNHO de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Henrique Veil Jones

Orientador:

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, por ter me guiado e me dado forças para seguir nessa jornada.

Aos meus pais, Iraci e Hildenburgo, pelo amor incondicional e o apoio que sempre tiveram por mim.

Aos meus familiares, que sempre depositaram confiança em mim, me dando conselhos valiosos, os quais carrego sempre comigo.

Ao meu orientador Henrique Weil, por toda paciência na orientação e que, no pouco tempo que lhe coube, tornou possível a conclusão desta monografia.

A todos os meus amigos, pelos incentivos e apoio constantes, em especial aos Praçadores Arthur Numeriano, Túlio César e Victor de Coimbra, que compartilharam comigo essa longa jornada e fizeram destes cinco anos de formação acadêmica inesquecíveis.

Enfim, a todos que de alguma maneira, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação.

RESUMO

O presente trabalho teve como escopo debater acerca do tratamento legislativo dado às terras indígenas pela Carta Magna de 1988. Para tanto, foi desenvolvido por meio do método dedutivo, de natureza qualitativa e na sua elaboração foi utilizado leis, artigos científicos e resoluções jurisprudenciais. O tema é de grande relevância, pois até a atual Constituição, a população indígena vive na invisibilidade. Somente com ela, trouxe a inovação quanto a fundiária, visto que reconheceu a esses povos o direito originário e a posse permanente sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Porém, ante aos avanços legislativos trazidos pela Carta Maior de 1988, percebeu-se que na realidade, foi apenas aparente, pois pouco foi posto em prática, visto que, a questão dos direitos indígenas sempre foi tutelada por agentes estatais e paraestatais que, muitas vezes, têm um viés político que não representa os interesses dos silvícolas. E que ainda não se foi capaz de criar meios para que os próprios povos indígenas fosse os interlocutores legítimos de suas demandas, e deixem de ficar à mercê dos interesses econômicos e políticos de terceiros. Portanto, o desafio hoje, está na busca de dar efetividade às normas constitucionais. Visto que, apesar de ter preenchido a priori a função legislativa ao tratar da questão indígena, não tem permitido um avanço real dos direitos indígenas, já que nem sempre as ações estatais corroboram com o discurso de que a prática traduz a realidade da lei.

Palavras-chave: Terras indígenas. Povos originários. Cidadania diferenciada.

ABSTRACT

This work had as its scope to debate about the legislative treatment of indigenous lands by the Constitution of 1988. Thus, it was developed by the deductive method, qualitative and in its preparation was used laws, scientific articles and jurisprudential resolutions. The theme is of great importance, because until the current Constitution, the indigenous population living in invisibility. Only with it, brought innovation as the land, as recognized these people the original right and permanent possession of the lands they traditionally occupy. However, compared to legislative advances brought by the Greater Charter of 1988 it was realized that in fact it was only apparent, because little has been put into practice, since the issue of indigenous rights has always been safeguarded by state and parastatal entities that many sometimes they have a political bias that does not represent the interests of forestry. And that has not yet been able to create a means for indigenous peoples themselves to be the legitimate interlocutors of their demand, and no longer be at the mercy of economic interests and third-party politicians. Therefore, the challenge today is seeking to give effect to constitutional requirements. Since, despite having completed a priori the legislative function when dealing with indigenous issues, has not allowed a real advance indigenous rights, since not always state actions corroborate the speech that practice reflects the reality of the law.

Keywords: Indigenous lands. Original peoples. Differentiated citizenship.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	07
2	TERRA INDÍGENA COMO UM NICHOS DE CULTURA FORA DOS PADRÕES MERCANTIS	10
3	CRITÉRIOS CONSTITUCIONAIS PARA O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DA NATUREZA E DA TERRA INDÍGENA	20
	3.1. A posse indígena conforme o ordenamento jurídico brasileiro.....	21
	3.2. A experiência do direito comparado em relação aos direitos da natureza.....	28
4	A CIDADANIA EFETIVA DOS POVOS ORIGINÁRIOS	33
5	CONCLUSÃO	40
6	REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

Segundo dados do IBGE a população indígena totaliza algo em torno de 734.000 indivíduos, o que equivale a aproximadamente 0,4% da população brasileira. Porém, essa pequena minoria numérica detém uma grande riqueza cultural, pois são mais de 230 povos, falando 180 línguas e distribuem-se por 677 terras indígenas numa área total de cerca de 111.523.635 hectares, o que significa 13% das terras brasileiras, sendo as mais ricas em recursos naturais e de grande diversidade biológica.

Diante desse cenário de riqueza aos olhos de muitos ruralistas, coube ao Estado brasileiro organizar a situação dos silvícolas e suas terras na seara constitucional.

Com exceção das Constituições de 1824 e 1891, todas as outras versaram sobre a situação das terras indígenas. Até 1988, os antigos regramentos jurídicos tratavam os povos originário como incapazes, sem discernimento social completo. Só com a Carta de 1988 que eles passaram a ser reconhecidos como povos culturalmente diferenciados, com um modo de vida singular e que deve ser respeitado pela sociedade envolvente. Até então, vigia em nosso país, a intenção da integração do índio à sociedade contemporânea, em que, à medida que o silvícola entrava em contato com a civilização, este perderia sua identidade de povo e tornaria um cidadão nacional.

Só a partir da década de 1990, os índios passaram a ser reconhecidos como capazes de se representarem juridicamente por meio de suas organizações. Hoje, tais povos contam com a parceria de organizações não governamentais, agências de cooperações técnicas e de redes ambientalistas.

Esse novo tratamento dado aos povos originários, a partir da Constituição Federal atual, também trouxe à tona a questão fundiária, visto que reconheceu a eles o direito originário e a posse permanente sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Porém o texto constitucional não retrata a realidade, já que muitas das terras, foram ocupadas pelos empresários do agronegócio.

Lima (2011, p.106) já ponderou que no atual cenário legislativo democrático são defendidos os mais variados argumentos contra os índios, somando-se, desde representantes do agronegócio, empresas de mineração e funcionários do alto escalão do presente governo. Todos esses elementos

demonstram a fragilidade das visões positivas sobre os povos originários na sociedade contemporânea, em frente a ideologias desenvolvimentistas sempre redutivas.

Nesse contexto, ante ao avanço legislativo trazido pela Carta Maior de 1988, percebeu-se que na realidade, foi apenas aparente, pois pouco foi posto em prática, visto que, a questão dos direitos indígenas sempre foi tutelada por agentes estatais e paraestatais que, muitas vezes, têm um viés político e não representa os interesses dos silvícolas. E mesmo com esses avanços, ainda não se foi capaz de criar meios para que os próprios povos originários fossem os interlocutores legítimos com as várias instâncias do Estado, e deixem de ficar à mercê dos interesses econômicos e políticos de terceiros.

Dessa forma, seria possível assegurar meios efetivos em busca do respeito às garantias constitucionais ao se tratar das terras dos nativos?

Tal problemática já foi abordada por diversas organizações não governamentais, entidades no âmbito estatal, e ainda é objeto de estudo de vários antropólogos que discutem sobre o tema. Diante dessas pesquisas, percebeu-se o que de fato está acontecendo é que há um crescimento da participação política da população indígena e isso tem diversificado o aparelhamento estatal de forma que tem surgido projetos governamentais inovadores.

Tratando sobre o tema, Lima (2011, p. 121) destaca que aos poucos, pelo esforço dos próprios indígenas, e com o suporte de vários aliados, mesmo que de tenra e sempre sujeita a retrocesso ou cinismo da negociação política de largo aspecto, mudam as imagens que norteiam as práticas públicas no Brasil. Tais imagens, vivem em paralelo com a imagens de grupos indígenas altamente distintas, que hoje lutam, dentre inúmeras outras coisas, por acessar o ensino superior, obter conhecimentos que lhe permitam navegar em suas próprias águas com autonomia, mantendo o que de suas tradições parecer-lhes adequado e substancial.

Sem esse aporte de novos conhecimentos no quadro atual, as organizações indígenas não poderiam ultrapassar a dependência de mediadores não indígenas. Diante disso, apesar da participação política dos povos originários, não tenha sido suficiente para eliminar a tutela paternalista do Estado, tem diversificado e dinamizado essa relação, propiciando o surgimento de programas sociais inovadores.

Sendo assim, percebe-se que o ponto de partida para que haja o efetivo respeito aos direitos dos índios quanto a suas terras, é que haja a formação e o fortalecimento de uma intelectualidade indígena, por meio de educação e formação política para os índios de maneira geral, como condição essencial para o processo de redefinição das relações entre esses povos e o Estado.

Dessa forma, por meio do método dedutivo, este trabalho é de natureza qualitativa e será utilizado na sua elaboração leis, artigos científicos e resoluções jurisprudenciais.

Terá como objetivo norteador examinar se há o devido respeito às garantias constitucionais acerca da terra indígena. Para tanto, pretende-se, como finalidades específicas, separadas em três capítulos distintos, mas que se completam, no intuito de clarear entendimentos e discussões: a) analisar a terra indígena como um nicho de cultura fora dos padrões mercantis e seu reconhecimento pela Constituição Federal, já que os aspectos sociológicos que compõem essas populações não pode ser analisada da mesma maneira daquelas que já passaram pelo processo de colonização, b) classificar os critérios constitucionais para o reconhecimento da terra indígenas, com o intuito de buscar formas de dar efetividade e aplicação ao que existe na legislação vigente, bem como abordar legislações do direito comparado que versem sobre o tema, pois houve alterações recentes acerca do tema, que por si só tange diretamente o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, c) abordar como o direito brasileiro trata da cidadania diferenciada que é fundamental para a emancipação desses povos.

2 TERRA INDÍGENA COMO UM NICHOS DE CULTURA FORA DOS PADRÕES MERCANTIS

Na época da chegada dos europeus, estima-se que o Brasil contava com mais de 1.000 povos indígenas, somando entre 2 e 4 milhões de pessoas. Atualmente encontramos no território brasileiro 246 povos, falantes de mais de 150 línguas diferentes. Segundo Censo do IBGE em 2010, os povos indígenas somam 896.917 pessoas, destas 324.834 vivem em cidades e os outros 572.083 habitam áreas rurais, o que corresponde a 0,47% da população brasileira. A maior parte dessa população distribui-se por milhares de aldeias, situadas no interior de 700 Terras Indígenas, de norte a sul do território nacional.

Até a constituição de 1988 os povos originários viviam na invisibilidade, pois toda legislação, desde a época da colonização portuguesa, não tratava o índio com o seu modo de vida diferenciado que deveria ser respeitado pela sociedade envolvente. Surgiu um paradigma no Brasil em que o índio à medida que fosse entrando em contato com a sociedade, deveria perder essa sua identidade para ser tratado como cidadão nacional.

A Constituição de 1891 (do Império) e a de 1924 (Republicana) praticamente negligenciaram as questões dos direitos dos índios, não trazendo um dispositivo de alguma importância.

Apenas na constituição de 1934, a questão da terra indígena foi contemplada, em específico no artigo 129: “Será respeitada a posse de terras dos silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

Na mesma toada, reiteradas constituições sucederam tal posicionamento. A Constituição do Estado Novo, de 1937, mantém os direitos conquistados, como se depreende do seu artigo 154: “será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizadas em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas”.

Na Constituição de 1946, seguiu a mesma orientação das anteriores, como se infere no disposto no artigo 216: “será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados com a condição de não a transferirem”.

A Constituição advinda do governo militar de 1967 alargou os direitos da posse indígena estabelecendo o usufruto, isso disposto no seu artigo 186: “é assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto dos recursos naturais e de todas utilidades nelas existentes”.

Prosseguindo na história, foi com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que ampliou de forma significativa o alcance de norma para abranger esses direitos, dando a eles conceitos de usufruto exclusivo, inalienabilidade, posse e ocupação das terras indígenas.

Conforme disposto:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. §1. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. §2. A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Convém observar que a intenção do governo militar era de estabelecer um controle mais efetivo em relação as terras ocupadas pelos povos originários localizadas na Amazônia, consideradas estratégicas para a defesa das fronteiras, dessa forma fica claro que a propriedade da terra era da União, já a posse permanente, coletiva e usufruto era exclusivo dos índios

Esses avanços constitucionais foram importantes para que fossem traçadas as diretrizes da temática indígena na Constituição atual de 1988, contendo um capítulo exclusivo sobre o tema:

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 Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após a deliberação do Congresso Nacional, garantido, 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, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 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.

Portanto, finalmente a Constituição de 1988 ao se declarar pluralista, quebra esse paradigma, e reconhece a multiétnicidade da sociedade brasileira, e não tenta mais integrar esses grupos à sociedade nacional, mas conviver e aprender com eles, enfrentando com um destemor ainda não observado nas constituições anteriores, pois estabeleceu uma nova fundamentação a ser repensada, com o desentranhamento do conceito civilista de propriedade, colocando à margem os antigos modelos vigentes.

Para os índios, o termo "terra" é usado em um sentido muito mais amplo, pois abrange não só o solo, mas também as águas, animais, vegetais e todo meio ambiente que circunda a vida desses povos, haja vista especial integração entre eles e o ecossistema. A terra não pertence ao indivíduo A ou B, mas a todo o povo, pois é propriedade coletiva de uso comum a todos, o que difere substancialmente do conceito do direito brasileiro. Dispõe Irigaray (2014, p. 4) que:

A terra tem sentido espiritual e cultural para esses povos, longe do valor de mercado a ela atribuído pelas normas, e dessa forma deve ser vista e interpretada, a fim de que os conceitos individualíssimos de posse civil, propriedade, usufruto etc., não permeiem todo o complexo dimensional do qual se forma a terra indígena e impeça a concretização dos direitos dos povos indígenas.

O estudioso Glaesser (2009, p. 31) destaca que a divisão do habitat indígena entre solo, água, minerais etc., e sua regulamentação por diversos grupos que não se identificam com o ideário indígena, somente explica o crescente

interesse em exploração pela sociedade envolvente, sendo assim, criam-se personalidades jurídicas com o fim de explorar e burlar os direitos dos índios.

Desta forma, entende-se que as terras indígenas não devem ser concebidas nem como propriedade particular, nem como pública, pois elas não se enquadram nessa dicotomia público e privado. São espaços coletivos que transbordam a classificação civilista de propriedade privada, e que, por esta singularidade, devem ser consideradas como um dos alicerces para a identificação dos povos originários.

A situação das culturas que não fossem a europeia ocidental, até 1988 era de exclusão e de marginalidade, pois até então a história do Brasil oficial era a dos colonizadores, e qualquer manifestação de povos distintos, não era considerada cultura e, por isso não faria jus ao respeito e a proteção dos ordenamentos jurídicos.

Apesar da nova ordem constitucional ter ampliado esse conceito, pois traz consigo a definição de que patrimônio cultural não abrange somente os bens de natureza material, mas também os imateriais que lhe dão suporte. Ainda assim não conseguiu apagar do subconsciente das pessoas, a marginalização a que submete as culturas não europeias, pois não compreendem a riqueza de um diálogo diferente e continuam a reproduzir discursos de homogeneidade cultural.

O artigo 216 da atual Constituição é de fundamental importância nesse ponto da visão formadora da cultura nacional, ao dispor:

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 - as 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.

Ao tratar do artigo acima mencionado, Irigaray (2014, p. 5) considera que além de ter ampliado o conceito de patrimônio cultural e de ter resgatado a memória dos diferentes povos formadores da cultura nacional, a Constituição definiu que os bens naturais (inciso V, "sítios de valor ecológico") estão estreitamente ligados ao

patrimônio cultural, demonstrando a relação indissociável entre os modos de criar, fazer e viver das comunidades tradicionais e a natureza.

Diante disso, Cureau (2011, p. 248) afirma que as etnias são identificadas justamente pela sua cultura, a qual possui uma face material e imaterial, ambas indissociáveis, de modo que “mesmo no chamado patrimônio cultural material sempre haverá um componente intangível ou imaterial, relacionado aos valores, à identidade e à memória daquela comunidade”.

Dessa forma, conclui-se que os direitos culturais são direitos humanos fundamentais, pois tratam a respeito, não só da vida de um indivíduo, mas de toda a comunidade que a envolve. Com categoria, Irigaray (2014, p. 6) trata sobre o tema:

O fato de o patrimônio cultural material e imaterial, que se transmite de geração em geração, ser constantemente criado e recriado pelos povos indígenas em função de sua interação com a natureza, nos permite concluir que a terra, e todo meio ambiente que a circunda, é o substrato para o patrimônio cultural material e imaterial destes povos. É essa natureza, que transforma e é transformada pelo ser humano, que permite o expressar da materialidade e imaterialidade cultural indígena.

Para os índios o cultural e o natural se misturam, sendo o patrimônio ambiental a garantia de sobrevivência física e cultural de uma sociedade, sem o qual, ela fica fadada ao desaparecimento.

De forma geral, as concepções indígenas propõem uma reconciliação entre a natureza e o homem, dentro de uma esfera sustentável e respeitando todas as formas de vida, sendo possível afirmar que esse apego à sociobiodiversidade é uma das bases do Bem Viver.

O Bem Viver é uma filosofia que serve para agrupar diversas posturas, cada uma com sua especificidade, mas que coincidem em questionar o desenvolvimento atual que é explorador e desigual, de modo ao que faltar em uma postura, poderá ser contemplado por outra, na busca de um diálogo intercultural.

Gudynas (2011, *apud* IRAGARAY, 2014, p. 10), considera que além de rechaçar o desenvolvimento tradicional e seus efeitos negativos, o Bem Viver traça as bases de um futuro, ao: (1) abandonar a pretensão de desenvolvimento como um processo linear, de sequências históricas que devem repetir-se, conforme o modelo eurocêntrico; (2) defender outra relação com a natureza, em que se reconhece a natureza como sujeito de direitos e se postulam formas sustentáveis e de continuidade relacional com o ambiente; (3) não se economizar as relações sociais,

nem reduzir todas as coisas ou bens a serviços mercantilizáveis, empobrecendo a sociodiversidade; (4) reconceitualizar a qualidade de vida e o bem-estar em formas que não dependem somente da posse de bens materiais ou classes sociais, o que explica a importância outorgada à felicidade e ao bem viver espiritual; (5) não se pode reduzi-lo a uma postura materialista, já que em seu seio convivem outras espiritualidades e sensibilidades, que valorizam o “ser” e não o “ter”.

Partindo dessa ideia, percebe-se que para os índios a terra tem um valor muito maior que o conceito de posse civilista, e para que haja o fortalecimento de uma sociedade verdadeiramente justa, é necessário desmercantilização do meio ambiente, ir ao encontro do projeto de vida a que propõem os índios, que é não separar o homem da natureza, pois ela é a origem de tudo.

Como discorre Irigaray (2014, p. 12):

O respeito a esse projeto de vida diferenciado por parte das instituições nacionais é de suma importância não só pelo fato de a Constituição Federal de 1988 ter guindado a dignidade humana a fundamento da República, de maneira que todas as formas coletivas e individuais de vida devem tuteladas, mas também porque nos mostra uma alternativa ao caminho autodestrutivo que vem sendo seguido pela humanidade.

Nessa caminhada é necessário assegurar institutos jurídicos para proteger a terra indígena da atuação do homem, aí que a Constituição Federal, baseada no fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, inovou ao contemplar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que reconheceu ao elemento ecológico fundamentos indispensáveis para que haja uma vida digna.

Já mencionou Ayala (2011, *apud* IRAGARAY, 2014, p. 15) para que a existência humana seja digna, exige-se um patamar mínimo de direitos que devem ser protegidos e promovidos pelo Estado e pela comunidade, dentre os quais se inclui o direito ao meio ambiente.

A partir dessa ideia de que a existência humana requer patamares mínimos, Ingo Sarlet desenvolveu o conceito de mínimo existencial do qual partia do pressuposto de que a dignidade da pessoa humana requer uma prestação positiva do Estado no sentido de garantir o mínimo de recursos materiais e de segurança social. Esse conceito inicialmente pensado no ponto de vista dos direitos sociais, teve seu conteúdo ampliado para abarcar as questões ambientais.

Para tanto Fenstersifer (2008, *apud* IRAGARAY, 2014, p. 16) define que o conceito de mínimo existencial não pode se limitar ao direito à mera sobrevivência física ou biológica, mas deve ampliar-se no sentido de incluir variáveis sociais, culturais e ecológicas, em consonância com a indivisibilidade, unidade e interdependência das dimensões dos direitos fundamentais, as quais se interpenetram mutuamente na busca da tutela integral da dignidade humana.

Quando se fala em mínimo existencial ao se tratar dos povos originários, deve-se atentar que a dignidade deles está atrelada ao respeito aos seus territórios e modo de vida. Portanto cabe ao Estado proteger por meio de medidas normativas essas instituições, pois esses bens possibilitam o mínimo de dignidade aos povos indígenas.

Mesmo a Constituição Federal ter inserido em seu dispositivo que o direito às terras que os índios tradicionalmente ocupam é originário e imprescritível, pouco se fez na prática, Marés (2006, p. 177) traz esse quadro:

O Estado, deste modo, apesar de suas leis, tem uma dramática, cruel e genocida política em relação aos índios, mas tem apresentado um discurso pluralista liberal e democrático, elevando à categoria de sistema um direito envergonhado, que liberta os índios da escravidão e permite que o intérprete leia a aplicação da tutela orfanológica, tratamento diferenciado na aplicação e execução da pena, e o julgador entenda como reconhecimento de inferioridade ética e um estímulo à integração. Dá total garantia as suas terras, e a Administração Pública autoriza invasões e decreta reduções de áreas. Na divergência entre o discurso e prática, entre o Direito e o Processo, a vergonha da sociedade dividida e cruel fica encoberta pela falaciosa marca da injustiça.

Dessa forma, apesar do avanço constitucional ter preenchido, a priori, a função legislativa ao tratar do tema, não tem permitido um progresso real dos direitos indígenas, já que as ações estatais corroboram com o discurso de que a prática não traduz a realidade da lei.

E assim, vários projetos de desenvolvimento nacional brasileiro têm ido na contramão dos direitos dos índios e da sociobiodiversidade, devido à degradação ecológica e às políticas de homogeneidade cultural, em detrimento da cultura indígena miscigenada.

Ainda sobre o tema, Irigaray (2007, p. 84) destaca:

Com efeito a história do Brasil oficial, ignora os assaltos praticados contra as nações indígenas. Nem mesmo o massacre de guaranis, nos Sete Povos das Missões, no sul do país, é relatado. No período compreendido entre

1636 e 1646, os bandeirantes destruíram as Missões Jesuíticas de Guaíra, Itatins, Tape e Uruguai, matando covardemente 30.000 guaranis, incluindo mulheres e crianças, que lá viviam e aprendiam ofícios. (...) mudaram-se os métodos, mas os índios permanecem coisa; e a guerra que o homem move contra o mundo, tem no índio uma presa fácil. Estes foram e continuam sendo eliminados em todo mundo, principalmente através da destruição de suas condições materiais de sobrevivência ou supressão de sua cultura. Tudo sob o pálio da lei. O direito continua na retaguarda dos acontecimentos.

Acerca da questão, o STF, no julgamento da Terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, instituiu várias ressalvas no que se referem aos direitos territoriais dos povos originários e, apesar de ter avançado em alguns quesitos, limitou seus direitos de maneira desproporcional.

Dentre as violações que podem ser apontadas, é ressaltada a ofensa ao direito de participação e consulta dos povos indígenas nas atitudes que possam atingi-los, conforme se infere das condicionantes V, VI, VII (pet. nº3.388-STF, Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno, julgado em 19-3-2009. Dje-181. Divulg. 24-9-2009. Public. 25-9-2009), a seguir exposto:

(V) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.

(VI) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.

(VII) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação.

Esse desrespeito para com a população indígena é gritante, pois autoriza a União, em caráter teoricamente “estratégico” ou “em defesa da soberania nacional”, de forma simples, fazer o que quiser nas terras indígenas, sem a consulta deles. Caracterizando uma afronta ao próprio papel da União, que é garantir e proteger todos os bens dos índios e não os destruir com fundamentos tão fracos.

Máres (2006, *apud* IRAGARAY, 2014, p. 23) trata sobre o tema:

O Estado, o Direito e o Poder não admitem o diferente e conseguem traduzir proteção a eles devia por força da lei, em arbítrio e assimilação. Sendo assim, os índios do Brasil necessitam, para garantir seus direitos originários sobre suas terras, cultura e modo de vida, de normas de direito que estabelecem limitações não apenas aos particulares que os exploram, mas ao Estado que os destrói.

Essas condicionantes que tratam da dispensa de consulta aos povos indígenas, não estão de acordo com o compromisso firmado pelo Brasil na Convenção nº 169 da OIT em seu artigo 6º, alínea “a”, ao dispor:

Consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados, e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-las diretamente

Está em desacordo também com o artigo 7º, parte final do item 1 da mesma convenção, ao tratar que os povos indígenas “deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente”.

Ainda nessa questão, observa-se que a dignidade humana dos povos indígenas foi desrespeitada, visto que coloca em risco a integridade ecológica do território que está passível de “invasão” pela União, dessa forma, afeta ainda o mínimo existencial deles.

Já leciona Ayala (2011, *apud* IRAGARAY, 2014 p. 24) sobre a questão em que a liberdade econômica nas ações estatais deve confortar o mínimo existencial ecológico, ao dispor:

Dignidade de vida supõe um mínimo de realidades existenciais, e um mínimo de proteção que é capaz de sujeitar a iniciativa estatal a imperativos de tutela que se manifestem mediante deveres de proteção. Sob esse plano de abordagem, as liberdades econômicas e seu exercício somente podem ser concebidas como instrumentos viabilizadores desse mínimo de existência, e ação de concretização desses valores e tarefas circunscritas a um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais também se encontra materialmente determinada pela mesma, para justificar um dever estatal de remover ou mitigar os riscos existenciais, estejam estes, acessíveis ou não ao reconhecimento científico disponível. Permite-se reconhecer aqui, a configuração de um imperativo de tutela que tende a ser externado como um dever estatal de assegurar a proteção mínima de existência, que é a referência conformadora de todas as ações estatais e das liberdades econômicas.

Como se pode notar, o Estado confere proteção jurídica aos direitos dos indígenas, mas não dispõe de mecanismos para que essa garantia seja assegurada,

e vê-se que os desafios à proteção das terras indígenas são incontáveis, mas uma coisa é certa: independente da amplitude e origem das violações, a mudança de cenário começa por aqueles que tem o poder, que ocupam posições estatais e podem mudar o rumo das coisas de maneira imediata, depois a própria sociedade deve atentar para esse cenário de crise que põe em cheque a sua própria dignidade.

3 CRITÉRIOS CONSTITUCIONAIS PARA O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DA NATUREZA E DA TERRA INDÍGENA

Um dos temas de mais importância para a construção do Direito Contemporâneo é a da concepção da natureza como um sujeito titular de direitos, tendo em vista a quebra da visão ocidental antropocêntrica em que a natureza seria apenas um meio para garantir o bem-estar do homem.

Inicialmente, cabe o entendimento Gudynas (1999, p.101) pelo qual a natureza pode ter dois sentidos comuns, assevera: “por um lado, natureza, como referida às qualidades e propriedades de um objeto ou um ser; e, por outro, natureza para os ambientes que não são artificiais, com certos atributos físicos e biológicos, como espécies de flora e fauna nativas”.

Dessa forma, compreende-se que a natureza pode ser analisada sob diversos olhares, e que no decorrer da história, o homem passou a tratá-la sob diferentes aspectos, a exemplo no século XVII, época onde vigorava a corrente filosófica do iluminismo e da revolução industrial, a natureza foi tratada na lógica econômica, como forma a ser um meio para que o homem possa se apropriar de seus recursos.

Entretanto, a partir dos anos 70 do século passado, por conta das conferências internacionais de proteção ambiental e dos avanços nas pesquisas acerca do meio ambiente, passou a despertar nas pessoas uma consciência ecológica em busca de um desenvolvimento sustentável.

Com o avanço das discussões sobre o tema, começaram a viabilizar um cenário em que a natureza passaria a ser considerada um sujeito de direitos, e apesar de ser palco de grandes debates, Acosta (2013, *apud* WOLKMER, 2014 p. 8) asseverou que:

(...) cada ampliação dos direitos, foi condição anteriormente impensável. A emancipação dos escravos ou a extensão dos direitos aos afro-americanos, às mulheres e às crianças foram uma vez recusadas, por serem consideradas como absurda.

Nesse viés de pluralismo constitucional, considera-se a Constituição Brasileira de 1988 pioneira, pois conseguiu inovar ao tratar da natureza, estabelecendo os caminhos para regulamentação como direito social, e não mais como simples espaço biológico.

Assim, a atual Constituição consagrou, com seu inovador e doutrinário artigo 225, um complexo conjunto de princípios e direitos, objetivando a proteção e a garantia a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo “ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, como um bem de uso comum da própria sociedade.

Seja no âmbito dos processos ecológicos e da utilização das espécies e ecossistemas, seja na esfera da diversidade social, estão protegidos constitucionalmente, utilizando-se, de fato, do paradigma socioambiental.

É indiscutível o alcance doutrinário que se abre com o teor paradigmático do artigo 225, no sentido de que a sociedade hoje é responsável por preservar da degradação e da extinção, os bens comuns ambientais, que as futuras gerações deles dependerão.

3.1 A posse indígena conforme o ordenamento jurídico brasileiro

Ao tratar da caracterização das terras indígenas, a nossa Carta Magna de 1988 estabeleceu alguns elementos, em que a sua análise é de grande relevância, ao passo que catalogar porções de terra no território nacional, como sendo terras indígenas passíveis de demarcação, conforme o artigo 231 da Constituição de 1988, tem efeitos relevantes, definidos pelo próprio texto legal. A exemplo de serem indisponíveis, inusucapíveis e inalienáveis; haver limitações à retirada dos grupamentos indígenas de tais terras e ao aproveitamento dos recursos hídricos, que só poderão ocorrer desde que tenha autorização do Congresso Nacional.

A Constituição ainda determina, que serão nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, definidas a partir do que dispõe o artigo 231.

Nesse sentido, Cunha (1987, p. 93) já assevera que os direitos territoriais dos povos originários não dependem da tutela realizada pelo Estado, “na medida em que são fundamentados na sua condição de seus primeiros donos”.

Portanto, percebe-se, como mesmo já ressaltou Cunha, que o direito dos indígenas sobre as terras que ocupam se fundamenta em um direito congênito ao solo pela posse originária do mesmo. Esse é o título territorial dos índios, deve ficar evidente, no entanto, que a intenção de tal constatação não é garantir aos índios o direito sobre todas as porções do território brasileiro já que, afinal, são os ocupantes

originários da terra, pois não é esse o objetivo. O que a norma tenta fundamentar é o direito dos nativos acerca das áreas de terra que ainda ocupam.

No intuito de abordar os direitos territoriais dos índios, a terminologia “posse”, utilizada no texto Constitucional, não deve ser confundida com as disposições de posse e propriedade presente no código civil, e nem mesmo com os fundamentos de posse agrária do direito nacional, não envolvendo, necessariamente, as noções de trabalho, morada habitual e produção.

É por isso que se utiliza o termo “posse indígena” com a finalidade de mostrar uma forma de ocupação que é própria desses povos, os quais mantêm uma interação diferente com a terra das chamadas sociedades civilizadas, pois o espaço territorial para os índios é condição de sobrevivência tanto física quanto cultural. Silva (2007, p. 859) já assevera que:

[...] a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil. Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado [...]

No mesmo sentido, a lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, chamada de Estatuto do Índio, já dispõe que a posse indígena é a ocupação efetiva da terra, que, conforme seus costumes, tradições e usos, detém e exerce atividade indispensável à sua subsistência.

Foram várias as pretensões que na Assembleia Nacional Constituinte tiveram por interesse validar uma formulação com o intuito de reduzir as terras indígenas. O texto aprovado pela Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias já contava que fossem respeitadas as terras ocupadas pelos povos originários. E em consonância com tal texto, a identificação das terras seria realizada conforme o conceito de ocupação que cada grupo indígena tem, com base em seus costumes, tradições e usos.

Porém, ao chegar o anteprojeto à Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte, houve a sugestão de que fossem consideradas terras indígenas, segundo Guimarães (1999, p. 545), as “terras de posse imemorial onde se acham (os índios) permanentemente localizados”.

Ainda conforme com a ideia de Guimarães (1999), com esta nova formulação, buscou-se considerar como terras dos povos originários apenas as áreas das aldeias e as que fossem próximas delas, já que não haveria espaço para se observar como se procede a forma de ocupação de cada tribo.

Quando feito o acordo para a produção do texto em sua forma definitiva, foi aceita a concepção de terras tradicionalmente ocupadas, numa proposta de diminuir com as divergências doutrinárias, já que o termo “tradicionalmente”, de acordo com Guimarães, seria a presença histórica conforme com os costumes de cada grupo.

No entanto, alguns grupos de parlamentares que pretenderam incluir a palavra “permanentemente” ao invés de “tradicionalmente ocupam” no artigo 231, e como não conseguiram inserir tal mudança no caput do artigo, ficou acordado em se introduzir tal referência, no parágrafo primeiro do dispositivo constitucional, na ideia de que “São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente”.

Ficando claro que, por fim, a nossa Carta Magna, garantiu aos povos originários a posse permanente das terras que tradicionalmente ocupam.

Divergindo dos antigos textos constitucionais, o legislador terminou por elencar os requisitos para que haja a caracterização das terras como sendo tradicionalmente ocupadas pelos índios. Já que seriam essas terras passíveis de serem demarcadas, cuja providência, se faz indispensável para a própria proteção desses territórios, que estariam assim catalogados para as consequências estabelecidas na própria Constituição.

Destarte, segundo o parágrafo 1º do artigo 231 da nossa Carta Magna, ficou acordado que:

§ 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.

Diante de tais critérios, e estando todos presentes simultaneamente, a terra será considerada tradicionalmente ocupada pelos índios.

A Constituição prevê, expressamente, que além das terras habitadas em caráter permanente, serão também terras indígenas: as que forem utilizadas para as

atividades produtivas deles; as indispensáveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e as necessárias à sua reprodução física e cultural dos povos originários.

É notório que tais categorias, ao final de tudo, são o que compõem as terras habitadas pelos índios, e nesse caso, pode-se considerar os termos ocupação e habitação, como sinônimos.

Tal redundância constitucional talvez tenha sido proposital com o objetivo de deixar claro o ponto da posse indígena, buscando evitar interpretações que dessem margem a diminuição e desqualificação das áreas onde esses povos habitam.

Ao invés de utilizar a terminologia posse indígena ou então deixar para os doutrinadores definirem como seria essa habitação, o legislador constituinte preferiu fazer indicações de que não se trata de habitação no seu sentido clássico, mas, sim, de uma forma bem mais ampla e irrestrita, não confundido com o conceito de posse disposto no Código Civil.

Conforme esse entendimento, o que realmente importa não é o tempo em que a população indígena habita determinado território, mas sim a forma como se dá essa ocupação, pois passa-se a analisar a forma tradicional de ocupação deles, levando em conta seus costumes e particularidades.

A partir daí, começa-se a analisar se os índios realmente habitam seu território em caráter permanente, se são utilizados para realização de atividades produtivas, se são indispensáveis à preservação e manutenção dos recursos naturais necessários ao bem-estar do índio, tudo isso conforme o artigo 231, §1º, da Constituição Federal.

Por conseguinte, diante do que dispõe o texto Constitucional e conforme uma interpretação sistemática da situação, alguns autores, como Barbosa (2001), sustentam que as formulações no sentido de que algumas terras pertencentes aos índios, não poderiam ser consideradas assim, devido ao raciocínio de que os nativos se encontram nessa terra há pouco tempo.

Para o autor, esse argumento é falho e não encontra fundamento algum na Constituição, pois, há muito tempo, quase todos os nativos foram retirados de suas melhores terras contra sua vontade, restando muito pouco espaço, e quase sempre, são terras pouco férteis e rentáveis.

Ainda conforme entendimento de Barbosa, deve-se compreender que o texto constitucional ao garantir a posse indígena, tinha por objetivo parar com a expulsão dos índios de suas próprias terras, garantindo a eles os locais onde já estiverem estabelecidos.

Diante de todo contexto histórico, em que se passava a época da promulgação da nossa atual Carta Magna, acredita-se que a visão mais correta dos artigos que tratam da posse indígena, seria de que o texto não só busca parar com a expulsão dos índios de suas terras, mas também tem como meta a devolução delas aos povos originários.

O texto Constitucional por inovar no tratamento das terras indígenas, terminou revogando a parte final do artigo 25 do estatuto do índio, no que dispunha que o reconhecimento à posse dos índios independe de demarcação e será assegurado pelo Órgão Federal de assistência aos índios, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos poderes da República.

Em contrapartida, uma análise que dispense qualquer possibilidade de uma investigação temporal, prejudicaria os povos originários que tentam recuperar suas terras em que habitavam de modo tradicional, mas foram retirados de lá e foram banidos a ter como sua nova permanência habitual uma área distinta.

Um exemplo a ser lembrado, aqui, foi o caso dos índios que eram conhecidos como Pataxó-hã-hã-hãe. Pois entre 1936 e 1937 foi demarcada uma área no sul da Bahia para que tais índios pudessem viver, acontece que progressivamente eles foram largados pelos órgãos do Governo, até que, por fim, os postos foram completamente abandonados.

Mediante o descaso das autoridades para com a questão de tais terras, muitos ruralistas começaram a invadi-las e terminou por expulsar boa parte dos índios, quando então o próprio Governo Baiano começou a distribuir títulos de propriedade a fazendeiros dentro do território indígena. Esses grupamentos de índios que viviam na reserva, ao serem expulsos, começaram a se dispersar, tendo boa parte ido para Minas Gerais.

Porém, a partir dos anos de 1970 os índios Pataxó-hã-hã-hãe, decidiram retomar suas terras antes perdidas, por meio de muitas lutas, até que 1982, essa luta foi intensificada com a Ação Cível Ordinária de número 312, impetrada perante

STF, de autoria da FUNAI, em que contestavam a legalidade dos títulos de propriedade emitidos pelo Governo da Bahia.

Quando citados para contestar, os réus aduziram que eram inexistentes as terras indígenas, ora objeto de litígio, já que tal povo tinha como permanência efetiva terras localizadas em Minas Gerais. E que, seguindo o raciocínio, a inexistência de índios na região, tornou possível e legítimo o arrendamento de tais terras, por serem tidas como devolutas.

Após 30 anos de muitas batalhas e uma resistência histórica do povo indígena, em 2012, por maioria de sete votos a um, a Suprema Corte decide por anular os títulos imobiliários incidentes na Terras localizadas no sul da Bahia.

Cabe aqui uma menção ao voto do ministro Celso de Mello, que salientou que ninguém pode se tornar dono de terras ocupadas por índios, pois pertencem à União e que, portanto, não podem ser negociadas. Ele lembrou ainda que a Constituição Federal não prevê pagamento de indenizações aos eventuais ocupantes dessas áreas, apenas o ressarcimento pelas benfeitorias feitas de boa-fé.

O ministro também mencionou ainda a necessidade de observância do disposto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), documento internacional, do qual o Brasil é signatário, que preserva os direitos de grupos tribais e os protege contra remoções involuntárias.

Por fim, o julgamento foi histórico e de importância crucial para os índios Pataxo-hã-hã-hãe e todos os outros povos indígenas que estão lutando na busca de seus direitos. Desta forma, já que o termo “tradicionalmente ocupadas” não corresponde a um critério exclusivamente temporal, visto que muitos grupos indígenas foram expulsos de suas terras contra sua vontade, mas sim o modo como se dá essa ocupação habitual. Vários grupos indígenas começaram a reivindicar suas terras, que lhes foram tomadas a força, inclusive por meio de processos judiciais.

Dentre exemplos, temos a reserva Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, que com mais de 1,7 milhões de hectares, era alvo de disputa desde os anos 70, quando então começou o processo de demarcação em 2005, mas a retirada dos não índios foi obstruída quando grupos de rizicultores se recusaram a sair.

Impasse que rendeu dezenas de vidas perdidas, e só em 2009 quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que a reserva é área contínua e que os agricultores devem sair.

Se considerarmos que os povos originários foram expulsos, não se deve cogitar a possibilidade deles de terem perdido a posse das terras. Quando o ministro Gilmar Mendes se refere a invalidade dos títulos de propriedade concedidos sobre as terras localizadas no Parque Nacional do Xingu, assevera que tanto a expulsão, como o genocídio ou homicídio não são formas de convalidação de títulos dominiais admitidas em direito.

Na mesma toada, deve existir uma investigação concreta para apurar os casos de expulsão de índios em suas terras. Questão essa que tem que ser analisada com muito cuidado, para que não haja confusão entre a expulsão com o abandono dos índios a determinadas terras.

Nesse segundo caso, a terra indígena abandonada, não será assim considerada para sempre, pois verificada tal situação, a propriedade da terra volta a ser patrimônio da União, tudo isso em consonância com o Estatuto do Índio em seu artigo 21, ao dispor:

As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União. (BRASIL, 1973).

Como já foi dito, essa análise para descobrir se determinada terra foi fruto de abandono, deverá ser feita de maneira bem temerária, pois não pode haver violência ou coação para impor uma espécie de abandono forçado, como ocorreu com a tribo Pataxó hã-hã-hãe, que foram acusados de terem abandonado suas terras, a fim de dar validade aos títulos de propriedade emitidos pelo Governo da Bahia.

Outro aspecto de grande relevância é o cuidado que se deve ter ao usar a expressão “tradicionalmente ocupadas” que consta na Constituição. Pois não pode ser considerada como uma forma de transformar a ocupação indígena em algo inerte, já que a cultura, e no caso dos índios, está intimamente ligada à sua forma de ocupação, é dinâmica.

Assim sendo, reforça-se a ideia de que algumas mudanças de comportamentos dos povos originários, não pode ser capaz de considerar que houve um abandono daquela terra.

Se fosse pensar de uma outra maneira, em que as mudanças de certas práticas poderiam descaracterizar a ocupação tradicional indígena e destituir o direito a suas próprias terras, estaria o legislador constituinte condenando os povos originários ao isolamento, obstruindo sua comunicação com outras culturas.

Destarte, percebe-se que a caracterização da terra como sendo indígena, vai muito além de critérios pouco precisos estabelecidos pelo legislador. Já que termos como “terras tradicionalmente ocupadas” são capazes de gerar inúmeras interpretações em sede doutrinária.

Então, ao iniciar o processo de demarcação de tais terras, deve-se observar a sua situação atual, e o modo como os índios a ocupam hoje, e que caso seja considerada a habitação de forma permanente e tradicional, haverá de ser caracterizada como área indígena.

3.2 A experiência do direito comparado em relação aos direitos da natureza

Ao passo do pioneirismo Constitucional Brasileiro ao tratar da questão da posse indígena e ambiental de forma geral, outras Constituições latino-americanas, passaram a legitimar e incentivar a cultura do “Bem Viver”, ou chamado também de “Sumak Kawsay”, que é um princípio o qual reflete uma visão de mundo que tem como objetivo integrar o ser humano como parte de um ambiente natural e social. Centrada num conceito de comunidade sustentável, busca desconstruir os modelos mercantis de crescimento econômico, com propostas que almeja a harmonia entre a sociedade e a natureza.

Ainda tratando do Bem Viver, com propriedade, asseverou Gudynas (2011, p 9-12):

O Bem Viver é um conceito que serve para agrupar diversas posturas, cada uma com sua especificidade, mas que coincidem em questionar o desenvolvimento atual e em buscar mudanças substanciais apelando a outras relações entre as pessoas e o ambiente. Desta maneira, o bem viver deve ser reconhecido como um conceito plural onde por exemplo alguns defendem o sumak kawsay e outros se identificam como biosocialistas, e que se encontram tanto na crítica do desenvolvimento atual como na defesa de outra ética, no compromisso com certos atores sociais e na persecução de uma transformação que tem horizontes utópicos. (...) O suma qamaña é

Bem Viver, e também o é o ñande reko. Da mesma maneira, o sumak kawsay é o Bem Viver, e o mesmo pode dizer-se de algumas manifestações da ecologia profunda e tanto, se complementam entre si, mostram algumas equivalências, sensibilidades convergentes, é justamente esta complementação o que permite delimitar o espaço de construção do Bem Viver.

A evolução do tratamento constitucional latino-americano com a questão ambiental, veio com a Constituição Colombiana de 1999, em que explicitou melhor o reconhecimento das comunidades indígenas e trouxe importantes instrumentos de garantias jurisdicionais, como a criação de uma corte constitucional.

Porém, no que se refere aos direitos coletivos, e ao meio ambiente, tal constituição foi extremamente limitada, tratando apenas de forma sucinta em seu artigo 79: “todas as pessoas têm direito a gozar de um meio ambiente sadio”.

Ainda em 1999 foi promulgada Constituição Venezuelana, que é marcada por seu pluralismo político e com cunho independente e anticolonial, inspirada nos ideais libertários de Simon Bolívar, procura a refundação da sociedade Venezuelana, sendo, portanto, uma Constituição de forte apelo popular, que se faz presente ao longo de seus 350 artigos, a exemplo dos artigos 62 e 70 ao tratar da participação popular, vejamos:

Art. 62 “Todos os cidadãos têm o direito de participar livremente nos assuntos públicos, diretamente ou através de seus representantes eleitos ou eleitas. A participação das pessoas na formação, execução e controle da gestão pública é o meio necessário para alcançar o envolvimento assegurar o seu desenvolvimento completo, tanto individual como coletiva. É dever do Estado e direito da sociedade a fim de facilitar a geração de condições mais favoráveis para a sua prática”.

Art. 70 “São meios de participação e protagonismo do povo em exercício de sua soberania, no político: a eleição de cargos públicos, o referendo, a consulta popular, revocatória do mandato, iniciativa legislativa, constitucional e constituinte, os fóruns aberto e a assembleia de cidadão e cidadãs cujas decisões serão de caráter vinculante, entre outros e no social e econômico, as instâncias de atenção cidadã, a autogestão, a cogestão, as cooperativas em todas suas formas incluindo as de caráter financeiro, as caixas de poupança, a empresa comunitária e demais formas associativas guiadas pelos valores da mútua cooperação e a solidariedade. A lei estabelecerá as condições para o efetivo funcionamento dos meios de participação previstos neste artigo”.

E no que interessa aos direitos da natureza, o artigo 127 foi bem claro ao dispor:

É um direito e um dever de cada geração proteger e manter o ambiente em benefício de si mesma e do mundo futuro. Toda pessoa tem direito individual e coletivamente a desfrutar de uma vida e de um ambiente seguro, são e ecologicamente equilibrado. O Estado protegerá o ambiente, a diversidade biológica, genética, os processos ecológicos, os parques nacionais e monumentos naturais e demais áreas de especial importância ecológica. O genoma dos seres vivos não poderá ser patenteado, e a lei que se refira aos princípios bioéticos regulará a matéria.

Já o grande marco Constitucional latino-americano adveio da Carta da República do Equador de 2008, em que admite uma série de direitos, como o direito ao “Bem Viver” e o direito da natureza.

A Constituição Equatoriana, quebra com o modelo clássico tradicional ocidental, e passa a atribuir aos seres humanos a fonte exclusiva de direitos subjetivos para pôr o meio ambiente como um sujeito de direitos, partindo para um reconhecimento de direitos próprios da natureza.

Costa (2009, *apud* WOLKMER, 2014, p.14) já dispôs que “o marco normativo terá que reconhecer que a natureza não é somente um conjunto de objetos que poderiam ser de propriedade de alguém, senão também um sujeito próprio com direitos legais e com legitimidade processual”.

Portanto, trata de reconhecer a natureza não como um objeto, mas sim, como um espaço de vida, em que haja uma construção harmônica entre ela e o homem.

Em sintonia com o avanço buscado pela Constituição equatoriana ao tratar dos direitos da natureza, encontra-se o reconhecimento ao dispor acerca dos direitos povos originários, pois o Estado é tido como plurinacional, e como exemplo disso, a própria Constituição traz um capítulo que trata da justiça indígena, e a obrigação estatal de respeitá-la.

Vejamos:

Art. 171 “O Estado deve garantir que as decisões da jurisdição indígena sejam respeitadas pelas instituições e autoridades públicas. Tais decisões estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade. A lei estabelecerá os mecanismos de coordenação e cooperação entre a jurisdição indígena e jurisdição ordinária”.

Por fim, após analisada a Constituição do Equador de 2008, cabe fazer uma menção à Constituição Bolivariana de 2009, no que tange aos recursos naturais e aos direitos dos bens comuns, tal instrumento, não só reconheceu sua relevância,

mas também a necessidade de adotar medidas a fim de cuidar e preservar desses bens.

Conforme dispõe o artigo 33, “as pessoas têm o direito a um ambiente saudável, protegido e equilibrado. O exercício deste direito deve permitir indivíduos e comunidade das gerações presentes e futuras, e outros seres vivos, desenvolver-se normalmente e permanente”.

Por fim, percebe-se da importância de legitimar e desenvolver esta nova visão que se tem acerca dos direitos da natureza. Pois os entraves que encontramos na busca de um conceito ideal de “Bem Viver” vão muito além das disposições e interpretações constitucionais, visto que muitas vezes, compõem grupos e interesses divergentes e geram conflitos que na prática são difícil de resolver.

Retornando para o caso brasileiro, essa questão fica evidente ao tratarmos da demarcação das terras indígenas, que é motivo de disputa de interesses diversos. Pois, no Brasil, historicamente, a terra é tida como uma fonte de poder econômico, político e social. Atrelado a um modelo de desenvolvimento econômico que tem a agricultura e pecuária fontes primárias de renda, faz com que a demarcação das terras indígenas seja contestada por determinado setores da sociedade, por ser um empecilho a um suposto progresso.

Destarte, percebe-se que as terras indígenas são o pivô de muitos embates ao redor do país. Esses conflitos são geralmente sangrentos e andam junto com a própria evolução das demarcações, a exemplo da reserva yanomami, demarcada em 1992 e que na parte brasileira conta com mais de 9 milhões de hectares entre os Estados da Roraima e o Amazonas, e na parte venezuelana com 8,2 milhões de hectares.

Ficou conhecida por um massacre na comunidade do haximu, na Amazônia venezuelana, em 1993, que mesmo após a demarcação das terras yanomami, um grupo de 22 garimpeiros inconformados com as demarcações, decidiu invadir a aldeia e assassinaram 16 yanomamis, sendo mulheres, crianças, anciões e um bebê.

Após um clamor nacional e internacional, um tribunal condenou cinco garimpeiros por genocídio. Entretanto, a invasão dos garimpeiros ilegais continua. Sendo muito crítica a situação na Venezuela, onde alguns indígenas estão sendo violentados e as autoridades do Governo pouco fazem para resolver o problema.

Diante disso, constata-se que essa forma exploratória e não sustentável na qual a sociedade, de forma geral, toma como modelo econômico a ser seguido, só cria entraves para o real desenvolvimento em que se deve buscar, tal qual a ideia do “Bem viver” presente na Constituição do Equador, como um preceito a ser alcançado.

4 A CIDADANIA EFETIVA DOS POVOS ORIGINÁRIOS

Como se percebe, a história das demarcações das terras indígenas foi cercada de injustiças e violências institucionalizadas, o curso dessa história começa com a própria negação da pluralidade das culturas dos povos originários.

No Brasil, durante os quase cinquenta anos que antecederam o reconhecimento garantido com a atual Constituição, a presença das diferenças étnicas dos povos originários esteve invisível aos olhos da sociedade, tanto no plano social, por preconceito, como também no jurídico, pela desconsideração desses povos diferenciados.

Uma visão tão fechada, marcada de preconceitos e intolerância, não pode ter vez numa sociedade que se diga pluralista. A grandeza da diversidade cultural brasileira, deve servir como alicerce para a construção de uma nova coletividade, voltada para o respeito ao outro.

Ao tratar da situação do índio brasileiro, historicamente houve uma subjugação de suas culturas e seu reconhecimento como povo, para a adoção de um modelo hegemônico resultante de um grande esquema de dominação fundada em um conceito eurocêntrico de Estado.

Essa dominação limitou diretamente a autodeterminação indígena, visto que eles não têm autonomia política, ou seja, não constituem Estados Independentes, e mesmo as suas demandas políticas perante as instituições nacionais, não são tratadas com a devida relevância.

As lutas pela autonomia indígena, na busca de garantir seus espaços, só reforçam a ideia de que é necessário aprimorar a relação entre esses povos e o Estado, reconhecendo seus direitos e garantias constitucionais.

Como visto, as Constituições Latino-Americanas estão dando cada vez mais espaço para a pluralidade e para o reconhecimento dos direitos fundamentais. Por meio do desenvolvimento das culturas, como a do “Bem Viver”, em que refletem uma visão de mundo, cujo objetivo é tratar o ser humano como parte de um ambiente natural e social.

Focada num conceito de comunidade sustentável, que busca desconstruir os modelos mercantis de crescimento econômico, com propostas que almejam a harmonia entre a sociedade e a natureza.

Porém, para que haja o reconhecimento efetivo dos direitos indígenas de autodeterminação e de representação, é necessária a criação de uma nova classe de cidadania, tendo em vista a quebra da hegemonia social e cultural, e que se abra espaço para os novos sujeitos.

Inicialmente, cabe lembrar que a definição de cidadania não é estática, visto que ela se renova diante das transformações sociais, das mudanças de paradigmas ideológicos, do contexto histórico em questão.

Há muito tempo que o conceito de cidadania deixou de ser simplesmente o direito a participação política do indivíduo, pois foi ampliado e se traduz no dever do Estado em ofertar o mínimo existencial para garantir dignidade ao cidadão.

Frente a essa evolução no conceito de cidadania, em que o Estado passa a ter como obrigação a tutela de serviços como a saúde, educação e segurança, para com seus cidadãos. Alguns enclausamentos antigos ainda perduram quando tratamos da sua composição do que seria ser “cidadão”, pois, em regra, as pessoas que constituem a sociedade tendem a ser bem hegemônicas, com ideais e interesses muito parecidos.

Essa formação se dá, em grande parte, por um regime que segrega os que não estão no modelo padrão que a sociedade exige, e assim, exclui diferentes etnias e culturas, com base em uma suposta aplicação do princípio da igualdade e em um difundido conceito de sociedade isonômica, quando, em verdade, fazem parte de uma política de dominação por parte do Estado.

No plano legal, tanto a Constituição Federal quanto o Decreto 5051/04 (Convenção 169 da OIT) foram bem promissoras em afirmar o reconhecimento dos direitos aos povos originários e ressaltar a sua autonomia, no sentido de garantir o respeito às formas diferenciadas de vida e organização de cada povo, deixando de fora a ideologia de assimilação, superioridade ou dominação frente a povos originários.

Destarte cabe uma menção ao artigo 4 da convenção 169 da OIT:

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.
2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.
3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

Esse trecho do texto legal reitera o entendimento de que os povos originários se organizam por meio de seus costumes e tradições dentro do seu grupamento, inclusive com regras internas próprias, e que, como coletividades distintas, também devem participar das decisões políticas de Estado.

Portanto, em contextos histórico-político tão complicados, a ideia de igualdade numa visão assimilacionista significa morte, que por vezes é física, e quando não, a morte é cultural, pois representaria um diluir-se no conjunto social e homogêneo da sociedade englobante.

É, dessa forma, dever de o Estado implementar uma política indígena que quebre com a assimilação forçada, e que supere relações de dominação ou de dependência impostas pelo modo de vida ocidental.

Essa nova visão de cidadania diferenciada deve observar as idiosincrasias dos diferentes povos indígenas, e tratar com respeito as manifestações de vontades autônomas desses povos no que se refere às suas opções de vida.

Também é dever do Estado investir no fortalecimento dos povos originários e de suas formas próprias de organização social, naqueles casos em que a atuação de entes públicos ou privados junto a esses povos pode levar à desagregação social e situações de vulnerabilidades sociais, territoriais, ambientais ou econômicas.

Conforme entendimento de Souza Filho (1983), a ideia de cidadania, sob um aspecto estritamente jurídico, se vincula ao conceito de Estado, gerando direitos e obrigações com uma ordem política e jurídica em cujo sentido os povos originários não colaboram nem compartilham, pois, apesar de formarem uma sociedade, não tem Estado, e possuem símbolos, valores e organização social, diferente da sociedade envolvente.

Portanto, a inexistência desses aspectos poderia levar a conclusão de que os índios não são cidadãos brasileiros. Porém, o citado autor conclui que, a própria Constituição tomou como critério de determinação da cidadania o “jus solis”, que por terem nascido no território nacional, os índios são cidadãos brasileiros e possuem identidade cultural em divergência com a identidade hegemônica nacional, o que para o autor, torna a cidadania indígena uma ficção.

Isto posto, a cidadania diferenciada indígena tem o condão de repensar os conceitos tradicionais de sociedade, na busca por uma inserção na participação democrática dos sujeitos diferenciados, e que ocorrerá desde que acompanhadas as garantias de sobrevivência física e cultural dos povos originários em seus espaços, com o devido respeito à dignidade humana.

É necessário para o funcionamento desse espaço democrático de relações sociais e a não subordinação dos povos culturalmente diferenciados, que haja o diálogo intercultural, que busque o equilíbrio baseado na abertura mútua e recíproca para o reconhecimento e o respeito dos valores diferenciados.

Tal diálogo seria um espaço da nova cidadania indígena, com viés dinâmico e multicultural, no sentido de criar contextos plurais e heterogêneos onde a convivência democrática possibilite o avanço da vida sem exclusão.

Souza Filho (2001, *apud* DANTAS 2005, p.8) situa em que no modelo de Estado constitucional em que vivemos, a liberdade individual de cada povo, se sujeita as limitações e regras impostas pelo próprio Estado, vejamos:

A cultura constitucional procurou encerrar o universalismo no Estado. Um Estado único, com uma única fonte de direito, emanada diretamente da Constituição, com leis organizadas em códigos, que encerram todas as possibilidades das relações jurídicas em um sistema sem lacunas. Essa organização social, que não admite fissuras nem diferenças, não pode aceitar o índio com uma vida e organização social fundada em outros princípios que não sejam enunciados constitucionais que se efetivam pelo direito civil. Dito em outras palavras, não pode esse sistema sem lacunas aceitar povos que prescindam do Estado e da propriedade privada.

Para alguns autores como Oliveira (2001), fundado nas ideias de Enrique Dussel, a possibilidade de diálogo entre os povos originários e o Estado brasileiro somente é possível a partir da institucionalização de um modo capaz de substituir o discurso hegemônico exercitado pelo grupo dominante.

Discurso esse que terminou por excluir as sociedades indígenas ao longo da história, ocultada ao longo do processo de formação do Estado nacional, promoveram etnocídios responsáveis pelo desaparecimento de diversos grupamentos de índios ao longo do país.

O direito positivo teve papel importante para a formação dessa exclusão social pela qual os índios passam, pois por meio de instrumentos de dominação que valorizam determinados estilos de vida e práticas sociais, e com o amparo judicial do Estado, regulamentou-se, no decorrer da história do direito brasileiro, a exclusão do

espaço jurídico e político dos povos originários, suas vidas, seus valores e suas formas diferenciadas de construção social da realidade.

Nessa seara, desde a época dos colonizadores portugueses, foi desconsiderada a existência dos índios como povos complexos e diversificados, negando aos seus membros a qualidade de pessoas humanas, motivo pelo qual justificam a invasão, as guerras, a escravidão, a segregação e o desprezo no mundo jurídico.

O direito na época do Brasil Colônia, e até mesmo após a independência, trilhou o mesmo trajeto. A formulação jurídica moderna do conceito de pessoa enquanto sujeito de direito, fundado nos princípios liberais de igualdade e liberdade que configuram o individualismo, modelo adotado pela juridicidade estatal brasileira e estampado no Código Civil de 1916, classificou as pessoas indígenas, não como pessoas diferenciadas, mas no rol pessoas de relativa incapacidade.

Esta depreciação justificava as ações do Estado com o intuito de integrar os índios à sociedade englobante.

Somente com chegada da nossa atual Carta Magna, reconhecendo não só as diferenças étnico-culturais que os índios e suas tribos necessitam, mas também, suas culturas, organizações, usos e tradições, que se inicia uma nova era na conquista dos direitos indígenas.

Um tempo não mais determinado pela exclusão jurídica dos povos originários, mas sim pela inclusão constitucional quanto suas similaridades, crenças e costumes.

Sendo assim, nas palavras de Dantas (2005, p.9).

Os direitos constitucionais indígenas devem ser interpretados em reunião com os princípios fundamentais do Estado brasileiro, que valorizam e buscam promover a vida humana sem nenhuma distinção, aliados aos direitos fundamentais e com o conjunto integrado e indivisível dos direitos humano, civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, bem assim às convenções e documentos internacionais.

Ainda nos ensinamentos de Dantas, para que isso ocorra, é necessário efetivar os direitos constitucionais indígenas, o que corresponde a dar vida aos dispositivos que tratam do tema, pelo caminho jurídico-hermenêutico da expansão destas normas sobre todo o ordenamento jurídico, em especial, na política com a participação dos índios de forma democrática.

Isto posto, vê-se que o diálogo é imprescindível nessa ação, e em primeiro lugar, deve-se superar os erros históricos e o efetivar exercício dos direitos já reconhecidos.

E para isso, é necessária a superação do universalismo, com valores particulares da cultura europeia ocidental, elevados à categoria de universal, e dos respectivos conceitos transcendentais que o acompanham: homogeneização cultural, nação única, língua exclusiva. É preciso abrir novos espaços que possibilitem uma construção e configuração participativa horizontal.

Sendo assim, o espaço do diálogo e da participação política no âmbito do Estado, deve ser construído e precedido pelas garantias de sobrevivência, de manutenção da vida e da dignidade humana.

Para os povos originários, cuja compreensão dos direitos e de qualquer atividade política se vincula ao contexto, ao espaço da vida e aos modos de viver, a dignidade vincula-se ao espaço territorial de sobrevivência.

A Constituição Federal já preceitua que serão definidas como terras indígenas, aquelas tradicionalmente ocupadas, habitadas em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar, segundo seus usos costumes e tradições.

Numa interpretação do dispositivo Constitucional, percebe-se que a dignidade humana dos povos originários está condicionada ao respeito de seus territórios, modos de vida e às suas instituições, como garantia prévia à satisfação das necessidades básicas.

Portanto, o espaço e as formas de vida enquanto direitos consuetudinários devem ser protegidos, sendo esse o comando constitucional. No entanto, deve-se atentar para que a construção do espaço institucional plural, não caia no plano puramente formal.

Em vista disso, para que haja efetividade na institucionalização, esses procedimentos devem orientar-se pela participação democrática dos povos originários, por meio do diálogo.

Deste modo, a ideia do multiculturalismo como modelo para reger uma nova configuração do Estado brasileiro e a trama de relações sociais complexas decorrentes da presença dos povos indígenas como sujeitos ativos e participativos, são fatores imprescindíveis para mudança nos atuais padrões normativos de Estado,

nação e direito únicos. Estes, enquanto conceitos absolutos fundados na racionalidade moderna ocidental excludente das diferenças, podem e devem ser relativizados.

CONCLUSÃO

Diante do estudo da temática dos povos originários brasileiros, percebe-se que sua história foi cercada de injustiças e violências institucionalizadas.

Até a Carta Magna de 1988 a população indígena vive na invisibilidade, já que toda legislação, desde a época da colonização portuguesa, não tratava o índio com o seu modo de vida diferenciado que deveria ser respeitado pela sociedade envolvente. Pois, até então, vigia em nosso país, a intenção da integração do índio à sociedade contemporânea, em que, à medida que o silvícola entrava em contato com a civilização, este perderia sua identidade de povo e tornaria um cidadão nacional.

Finalmente a Constituição de 1988 ao se declarar pluralista, quebra esse paradigma, e reconhece a multiétnica da sociedade brasileira, e não tenta mais integrar esses grupos à sociedade nacional, mas conviver e aprender com eles, enfrentando com um destemor ainda não observado nas constituições anteriores, pois estabeleceu uma nova fundamentação a ser repensada, com o desentranhamento do conceito civilista de propriedade, colocando à margem os antigos modelos vigentes.

Esse viés pluralista da atual Constituição Federal ganha especial importância ao tratar dos povos originários, pois a Dignidade Humana deles está condicionada ao respeito de seus territórios, modos de vida e às suas instituições, como garantia prévia à satisfação das necessidades básicas.

Porém o desafio hoje, está na busca de dar efetividade às normas constitucionais. Visto que, apesar de ter preenchido a priori a função legislativa ao tratar da questão indígena, não tem permitido um avanço real dos direitos indígenas, já que nem sempre as ações estatais corroboram com o discurso de que a prática traduz a realidade da lei.

A forma eficaz de garantir tal efetividade ao cumprimento das normas constitucionais, seria garantir aos povos originários uma cidadania diferenciada que até então lhe foi negada, abrindo espaço para o pluralismo cidadania diferenciada que tenha o condão de repensar os conceitos tradicionais de sociedade, na busca por uma inserção na participação democrática dos sujeitos diferenciados, e que ocorrerá desde que acompanhadas as garantias de sobrevivência física e cultural desses povos.

Por fim, como se pode notar, o Estado confere proteção jurídica aos direitos dos indígenas, mas não oferece todos mecanismos para que essa garantia seja assegurada, e vê-se que os desafios à proteção das terras indígenas são inúmeros, mas uma coisa é certa: independente da amplitude e origem das violações, a mudança de cenário começa por aqueles que tem o poder, que ocupam posições estatais e podem mudar o rumo das coisas de maneira imediata, depois a própria sociedade deve atentar para esse cenário de crise que põe em cheque a sua dignidade.

REFERÊNCIAS

AYALA, Patrick de Araújo. **Devido processo ambiental e direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas do Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 14 mar. 2015.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 14 mar. 2015.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 14 mar. 2015.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 14 mar. 2015.

_____. **Decreto lei nº 5051**, 19 de abril de 2004. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Lei nº 6.001/73. Brasília: Senado Federal, de dezembro de 1973.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Parecer sobre os critérios de identidade étnica. In: VIDAL, Lux Boelitz. **O índio e a cidadania**. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 96-100.

_____. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. Introdução a uma história indígena. In: CUNHA, Manuela (Org.). **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 9-24.

CUREAU, Sandra. Biodiversidade, **Conhecimento tradicional associado e patrimônio cultural imaterial**. Revista Internacional de Direito e Cidadania. Edição Especial–Biodiversidade, v. 4, p. 243-256, 2011. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000253>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **Os povos indígenas brasileiros e a cidadania ativa**. In: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. Jacarezinho, PR, n. 05, 2005. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/46/47>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

GLAESSER, Matías Meza-Lopehandía. **Territorio y autonomía de los pueblos originários em Chile**: una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y La urgência del reconocimiento. Portal de tesis eletrônicas de la Universidade de Chile. Santiago, Chile, 2009. Disponível em: <<http://tesis.uchile.cl/handle/2250/110977>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

GOMES, Ana; IRIGARAY, Carlos. **Terra como um mínimo existencial ecológico dos povos indígenas**. 2009. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=51783435ce8f5bb4>>. Acesso em: 10 maio 2015.

GUDYNAS, Eduardo. **Buen vivir**: germinando alternativas al desarrollo. América Latina em Movimento, ALAI. Quito, n. 462. p. 1-20. fev. 2011. Disponível em: <http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1317332248.RFLACSO_2011_Gudynas.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2015.

GUIMARÃES, Paulo Machado. Proteção legal das terras indígenas. In: LARANJEIRA, Raymundo (Coord.). **Direito Agrário Brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999. cap. 24, p. 541-592.

GYDINAS, Eduardo. Concepciones de la Naturaleza y Desarrollo en America Latina. In: **Persona y Sociedad**, 13 (1), Abril a999, Santiago de Chile, p.101.

IRIGARAY, Carlos Teodoro Huguene. **Do estado de guerra ao estado de bem-estar ambiental**: contribuição indígena ao contrato de armistício. Revista de Estudos Sócio-Jurídico-Ambientais Amazônia Legal, v. 2, p. 67-101, 2007.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Conhecimentos e povos tradicionais**: a valorização da dignidade humana pelo direito patrimonial cultural. Revista Internacional de Direito e Cidadania. Erechim, RS, n. 13, p. 173-189, jun. 2012. Disponível em: <http://www.reid.org.br/arquivos/00000317-15-sandra_reid-13.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.

LIMA, Iara; RESENDE, LÍVIA. **Terras indígenas**: uma análise dos critérios constitucionais estabelecidos para sua caracterização. 2009. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f1981e4bd8a0d6d8>>. Acesso em: 10 maio 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A cidadania e os índios**. In, COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO. O índio e a cidadania. São Paulo: Brasiliense, 1983.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF considera nulos títulos de terra localizados em área indígena no sul da Bahia**. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206458>>. Acesso em: 25 maio 2016.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana. **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI, 1993. cap. 1, p. 9-43.

WOLKMER, Antonio Carlos; WOLKMER, Maria de Fatima S. Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 19, n. 3, 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6676>>. Acesso em: 02 mar. 2016.