

# DIREITO INDÍGENA NO BRASIL: DESAFIOS FRENTE À MORA DO EXECUTIVO PARA DEMARCAR AS TERRAS HABITADAS TRADICIONALMENTE POR ÍNDIOS

INDIGENOUS RIGHTS IN BRAZIL:  
CHALLENGES FACING THE LIVES OF THE EXECUTIVE TO  
DEMARCATÉ THE LANDS TRADITIONALLY INHABITED BY INDIANS

Jessica Lorrane Barros MATOS<sup>1</sup>

**Resumo:** O estudo busca estudar as violações ocorridas contra os povos indígenas demonstrando a falta de cumprimento dos direitos indigenistas constantes nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal, bem como em Tratados e Convenções internacionais, com enfoque principal na demarcação de terras indígenas regulado pelo Decreto de nº. 1775 de 8 de Janeiro de 1996. No Brasil a demarcação de terras indígenas não respeita o prazo de cinco anos estabelecido no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Um problema notório é a mora do executivo em demarcar as terras indígenas. O estudo consiste em uma pesquisa explicativa, cujo procedimento bibliográfico fundou-se de livros, revistas eletrônicas, monografias, artigos, leis e doutrinas. Tem como objetivo geral, analisar o Decreto 1.775/96 e verificar os motivos da demarcação não ser concluída no prazo estabelecido. Os objetivos específicos são o de conhecer o direito originário dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas, direito este que independe de demarcação; levantar o reconhecimento de direito desses povos tradicionais em âmbito internacional; e conhecer o procedimento adotado para demarcar as terras desde 1973.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito Originário. Demarcação de terras - indígenas.

**Abstract:** *The study aims to study the violations against indigenous peoples demonstrating the lack of fulfillment of the indigenous*

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Escola Superior Madre Celeste – ESMAC. Ananindeua, Pará.  
Email: [jessica\\_lorrane@outlook.com.br](mailto:jessica_lorrane@outlook.com.br)

*rights in Articles 231 and 232 of the Federal Constitution and in international treaties and conventions, with primary focus on the demarcation of indigenous lands regulated by Decree No. 1775 8 January 1996. In Brazil the demarcation of indigenous lands does not respect the five-year period established in Article 67 of the Constitutional Provisions Act (ADCT). A notorious problem is the delay of the executive in demarcating indigenous lands. The study consists of an explanatory research, whose bibliographic procedure was based books, electronic journals, monographs, articles, laws and doctrines. Has the general objective, analyze the Decree 1.775 / 96 and verify the reasons for the demarcation be not completed on time. The specific objectives are to meet the original right of the Indians to the lands traditionally occupied, a right which is independent of demarcation; raise the recognition of the right of these traditional peoples internationally; and conbecero procedure adopted to demarcate the land since 1973.*

**Keywords:** *Constitutional law. Originating right. Land demarcation - indigenous*

**Sumário:** 1. Direito indígena na constituição de 1988. 1.1 Direito originário sobre as terras. 2. Proteção indígena no direito internacional. 2.1 Convenção 169 da organização internacional do trabalho; 2.2 Declaração das nações unidas sobre os direitos dos povos indígenas. 3. Demarcação de terras indígenas no brasil. 3.1 Competência para demarcar; 3.2 Procedimento administrativo; 3.3 Demarcação judicial; 3.4 Demarcação nos tribunais; 3.5 Mora do executivo em demarcar as terras indígenas. 4 Considerações finais. 5. Referências

## **1. DIREITO INDÍGENA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Com base nos dados do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), atualmente o Brasil é composto aproximadamente por duzentos e sessenta e três etnias indígenas, são comunidades, cuja maior concentração está espalhada na parte Norte do País. São populações ou minorias que têm constantemente seus direitos violados, apesar de serem amparados pelo Estado, onde as leis vigentes estão praticamente em desuso e o que advém do direito internacional não é de fato aplicado. Cabe salientar que uma das principais discussões entre o Estado e os índios é sobre as terras em que habitam, as quais para a sobrevivência destes são necessárias e fundamentais com o fim de garantir o direito à vida e aos direitos humanos.

Sabe-se que a Constituição Federal, somente em 1988 constitucionalizou entre outros artigos um capítulo exclusivo ao direito dos povos indígenas, sendo

normas que se aplicam apenas a essas minorias étnicas. Buscou-se preservar a cultura, a autodeterminação dos povos indígenas, normatizou a exploração de bens dentro das terras em que habitam essas populações e até mesmo a educação. No que se refere à educação, tendo em vista ser um direito fundamental exposto inclusive no artigo 5<sup>a</sup> da Carta Magna não necessitaria ser constitucionalizado como um direito específico do índio, pois o artigo 5<sup>o</sup> é norma aplicável a todos, sem distinção de raça, cor ou qualquer especificação que distingue os homens um dos outros com base no princípio da universalização do direito.

O Estado sempre foi um grande violador de direitos indígenas, e apesar de reconhecer tais direitos na Constituição de 1988, ainda hoje tem a prática de violar o direito dos índios. Essas violações, nada mais são do que a falta de preparo do Governo em questões públicas e políticas para atender as necessidades do restante da população, como se o primeiro citado pudesse abrir mão de suas necessidades de cunho fundamental para atender simplesmente interesses econômicos do restante da população, o que em prática tem acontecido.

No relatório de violência do Conselho Indigenista Missionário (2012, p. 6), Kläutler, Bispo do Xingu e também Presidente do CIMI diz que as violências e injustiças praticadas contra os povos indígenas atualmente e por quase toda a história ultrapassou os limites permitidos na Carta Magna e em todo o ordenamento jurídico internacional, diz ainda que os índios “estão cansados de ser tratados como resíduos humanos, ‘supérfluos e descartáveis’, jogados de um lugar para o outro, enxotados como animais e desprezados pela sociedade, pelos órgãos públicos e pelo governo”.

A Constituição Federal de 1988, é então, algo para se vangloriar frente aos demais Estados que não possuem qualquer norma interna para regulamentar e garantir direitos a esses povos minoritários. A normatização do direito dos povos indígenas foi algo fundamental e essencial para a garantia de direito desses povos, apesar da demora, o reconhecimento dos direitos garantidos na Constituição fez com que a população se fortalecesse e até mesmo teve como consequência um aumento populacional considerável, porém não é o bastante, o desrespeito e a falta de concretização das normas estabelecidas na Constituição resulta no que ocorre hoje, a luta dos índios continua sendo pela busca do direito, não por não ser reconhecido, mas sim para que seja aplicada de fato e para que não haja a perda do direito frente a diversos projetos inconstitucionais que hoje estão no Congresso Nacional para votação.

## **1.1. DIREITO ORIGINÁRIO SOBRE AS TERRAS**

As terras tradicionalmente ocupadas por populações indígenas formam uma constitucionalização de direito, ou seja, é um conjunto de normas e princípios de direitos fundamentais que tem como finalidade garantir o mínimo para a

sobrevivência desses povos. Para que isso aconteça, é necessário que o Estado resguarde o direito dos povos indígenas sobre as terras habitadas, independente de ser bem da União, garantindo “as atividades produtivas, as imprescindíveis a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”, direito este garantido no §1º do Art. 231 da Constituição Federal.

O Ministério Público Federal da 3ª Região em 2007 interpôs Agravo de Instrumento contra decisão sobre ação de reintegração de posse que violava o direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas por índios da etnia Terena. Este recurso foi provido, e dispôs que:

[...] Na contraposição entre os valores envolvidos, como o interesse de grupos indígenas e o patrimônio particular de fazendeiros, deve prevalecer o primeiro, que envolve o coletivo. Não se pode olvidar que o direito à vida deve se sobrepor ao direito de propriedade. Cabe lembrar que o relacionamento dos índios com a terra não representa a mera exploração econômica. No caso, quase duas centenas de indígenas dependem do cultivo da terra que legitimamente lhe pertence para subsistência dos próprios membros e proteção aos seus costumes e tradições. (TRF-3 - AG: 17161 MS 2003.03.00.017161-9, Relator: JUIZ ERIK GRAMSTRUP, Data de Julgamento: 30/08/2004, Data de Publicação: DJU DATA:18/09/2007 p. 323)

Por serem tradicionalmente ocupadas, as terras indígenas tem um significado diferente, não são apenas propriedades individuais que podem ser constituídas em qualquer lugar, este território abrange muito mais que apenas terras, mais também águas, mares, rios e todo e qualquer recurso que utilizam tradicionalmente. O meio ambiente em que vivem são as bases para a existência e continuidade de povos tradicionais habitantes desses territórios, isso faz com que não sejam extintos a cultura, costumes, língua, religiosidade e alimentos para a sobrevivência desses povos (VILLARES, 2009, p. 113).

Tratando-se de recursos tradicionais, que constituem para a sobrevivência desses povos, foi institucionalizado vedação à remoção dos grupos indígenas de suas terras, podendo esta remoção ser aplicada somente quando autorizado pelo Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco a população, ou no interesse da soberania do País, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco, de acordo como Artigo 231, § 5ª da Constituição Federal.

Sobre o direito originário dos índios e a posse de terras por não índios:

A garantia da posse das terras imemorialmente ocupadas pelos índios é assegurada desde a Constituição de 1934, valendo salientar que a ordem constitucional vigente estabelece que são nulos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas (CF, art. 231, § 6º). Daí ter o ato de demarcação administrativa índole meramente declaratória. Noutras palavras, os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam são, conforme entendimento jurisprudencial sedimentado, constitucionalmente reconhecidos e não simplesmente outorgados, “com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF)” (STF, Pet 3388/RR, Rel. Min. Carlos Brito, DJe 25/092009; RTJ 212, pp. 49)

É dever do Estado, garantir como direito fundamental a demarcação de terras originárias dos índios, não tão somente isto, mas também têm o dever de garantir a todos, índios e não índios os preceitos do Artigo 6º da Constituição Federal, no que diz respeito aos direitos sociais, neste caso a educação, saúde, alimentação, trabalho, segurança e proteção à criança, porém não é o que acontece. O primeiro fator é o não reconhecimento de terras originais em que habitam, e quando demarcadas não são respeitados seus espaços naturais, imprescindíveis a sua sobrevivência, este é um dos grandes assoladores de extinção de indígenas e de discussões entre o Governo e Representantes Indígenas, no que refere à demarcação em terras originárias.

## **2. PROTEÇÃO INDÍGENA NO DIREITO INTERNACIONAL**

O direito internacional foi uma atualização e universalização de direitos, inicialmente com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, elaborada e aprovada após duas grandes guerras mundiais, porém de forma geral, abrangendo a todos e não como uma Declaração específica aplicada aos povos indígenas, quando este definiu que todos são iguais em dignidade e direitos sem distinção de raça, cor, sexo, religião ou de qualquer outra natureza. Os povos indígenas passaram a

fazer parte do ordenamento jurídico internacional, de maneira direta, quando criado a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Tratados estes que serão expostos neste capítulo.

A problemática da proteção indígena deixou de ser um problema social e passou então a ser um problema de ordem política:

A temática indígena é então um problema de ordem política, e não mais apenas uma questão étnica, antropológica ou social, a ser considerada pelos Estados dentro da formulação e implementação de políticas públicas. Por outro lado, no mundo contemporâneo, o direito dos povos indígenas não se restringe à política interna de cada país, mas vem se transformando em normas de ordem pública internacional que cada país deve aplicar em escala local (CEPAL, 2006 apud URQUIDI; TEIXEIRA; LANA, 2008, p. 200).

Montanari Junior (2013, p. 30), explica que atualmente tem se notado que uma das principais discussões entre índios e não índios seria o conflito por terras, por esse motivo, este assunto se tornou pedra angular de reivindicações, alcançando assim as normas internacionais, acordos e tratados a todas as esferas internacionais e o objeto de cooperação internacional na seara ambiental para regulamentar o direito a terra, ao território e aos recursos naturais para a sobrevivência desses povos e de todos os outros por tratar-se de objeto de cunho fundamental para as gerações presentes e futuras.

A proteção indígena no direito internacional vem abrangendo todos os direitos a que se refere à proteção e crescimento social dos povos indígenas, tais como a educação, saúde, organização social e o direito de resguardar a cultura, religião, crenças, línguas, práticas e princípios como também, e principalmente, a garantia das terras tradicionais que vivem os povos indígenas, terras essas que necessitam para sobreviver, bem como os recursos advindos delas. São tratados e Convenções que tem a intenção de aplicar, sobretudo, a Estados que descendem de práticas colonizadoras como foi o Brasil após a invasão dos europeus.

Apesar de todas as dificuldades enfrentadas por índios, estes ainda resistem fortemente organizados, buscando apoio no direito interno e quando esgotado este, buscam apoio em organismos internacionais, tal como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), desde a Revolução Francesa até as mais recentes, a fim de garantir os princípios básicos em todas as declarações internacionais pertinentes a seus princípios de igualdade, liberdade e fraternidade. Cita o autor sobre o princípio da igualdade “da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, de caráter universalizante, [...] após a barbárie e

atrocidades promovidas pela 2ª Grande Guerra, e que ainda deve nortear o nosso consciente com valores mais éticos e de igualdade” (BARBIERI, 2008, p. 46).

A garantia dos direitos humanos de modo universal foi o passo mais importante para o reconhecimento dos direitos às populações minoritárias, infelizmente foi necessário passar por duas grandes guerras que resultaram em milhares de mortes para reconhecer tais direitos. É importante ressaltar que a aplicabilidade do direito internacional no que refere aos povos indígenas também é uma questão que vem sendo debatida por defensores de direitos humanos, pois apesar de o Brasil ser signatário a tais normas, este não o põe em prática em sua totalidade, assim como o direito interno já salientado.

## **2.1. CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO**

A Convenção 169 da OIT, assinada em 1989 conforme Decreto 5.051, de 19/04/2004, no que diz respeito aos povos indígenas, “prevê as garantias necessárias para o reconhecimento das sociedades indígenas, dentro da ordem jurídica dos países”, esta convenção é uma das mais importantes, pois determina que seja aplicada nos Estados a proteção e garantia das propriedades, identificação dos territórios, a consulta prévia quando forem atingidos por Estado em proposição de projetos econômicos próximos ou em suas terras e por qualquer medida legislativa ou administrativa sempre que essas afetarem seu modo de vida (SOUZA FILHO... et al., 2009, p. 19).

Dispõe o artigo 6º da Convenção 169 da OIT:

- a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
- b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eletivas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem;
- c) estabelecer meios adequados para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias desses povos e, quando necessário, disponibilizar os recursos necessários para esse fim.

É notório que entre todos os Estados que fazem parte da Convenção 169 da OIT, o Brasil é o principal violador de direitos dos povos indígenas quando se

trata de consulta prévia e informada, principalmente por conter vários planos de aceleração e crescimento (PAC), o qual é considerado como organismo de interesse público e por não respeitar o estabelecido no artigo 6º da Convenção da OIT, por este motivo, existem várias denúncias na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. As denúncias são feitas quando o Estado deixa de consultar as populações afetadas e quando a consulta é feita, porém não é considerada a necessidade dos povos indígenas sobre suas terras ou quando há condicionantes acordadas e não cumpridas, mesmo que estes territórios sejam demarcados.

Recentemente o Ministério Público Federal (MPF) e o Ministério Público do Estado de Mato Grosso (MPE/MT) propuseram ação civil pública de nº. 3947-44.2012.4.01.3600 postulando a suspensão do licenciamento da Usina Hidrelétrica Teles Pires para que fosse realizado a consulta livre, prévia e informada aos povos indígenas antes da concessão da Licença Prévia e a Licença de Instalação. Foi decidido na 2ª Vara da Justiça federal de Mato Grosso, em 26 de Março de 2012, que “Ante o exposto, e nos termos da fundamentação desenvolvida **declaro inválida a Licença de Instalação nº 818/2011**, porquanto emitida em violação ao artigo 231, §3º, da Constituição da República de 1988, bem como ao artigo 6º e 7º da Convenção 169 da OIT [...]”.

Villares (2009, p. 87) explica a importância sobre o direito à informação e participação e diz que “Não se pode falar em democracia sem o profundo respeito pelo direito à informação e a participação dos cidadãos nas decisões políticas”. Salienta o autor que, não se pode entender a democracia apenas como um regime de Estado, se não se por em prática e respeitar os questionamentos da sociedade por meio de manifestações políticas, culturais e econômicas, e por serem povos da nação, os índios têm todo o direito de participação e informação sobre essas decisões, principalmente quando se tratar de medidas que envolvam as suas terras e o modo de vida que têm, devendo o Estado acatar e fazer valer o que dispõe o artigo 6º da Convenção.

Percebe-se então que o Brasil não adota a democracia como um todo de fato, diz-se democrata por tão somente dar o direito de escolha governamental a sociedade, incluindo os índios, porém dificilmente dá o direito de escolha aos atos tomados pelo governo. Recentemente foi proposto e efetivado um Plebiscito no Estado do Pará para os habitantes que compõe o Estado, por meio do voto se houvera ou não uma subdivisão em mais duas capitais “Tapajós e Carajás”. O fato é que, sempre que houver medidas legislativas ou administrativas que implicam na vida dos povos indígenas, sob a alegação de ser matéria de interesse Público, antes de qualquer decisão deveriam, primeiramente, ser consultadas previamente as populações afetadas e, porque não adotar Plebiscitos nacionais, já que se diz tratar-se de interesse público e finalmente a autorização do Congresso Nacional, se viável.



## 2.2. DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Na Organização das Nações Unidas existe um Grupo de Trabalho sobre populações indígenas, o qual elaborou a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Coordenado pela Presidente Erica Irene Daes, composto também por representantes indígenas de todo o mundo juntamente com a participação de organizações, porém, inicialmente criticados, tendo em vista a não exigência de preceitos formais neste último, com a finalidade de abranger maior magnitude para revisar e sugerir na elaboração da Declaração sobre os direitos dos povos indígenas. Esse estudo durou cerca de 20 anos de discussão para então, finalmente, ser aprovado no ano de 2007, apesar de ter havido o ano dos povos indígenas em 1994 e a década de 1995 a 2005, diz o autor que “muito se trabalha e pouco se realiza. Cabe aos resistentes a esperança e, sempre a cada instante, a busca do seu espaço” (BARBIERI, 2008, p. 110).

A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou em 13 de setembro de 2007, a Declaração que dispõe sobre os direitos dos Povos Indígenas, tendo em vista e com o intuito de diminuir as violências ocorridas no decorrer da história e que se faz presente até os dias atuais. A Declaração diz que há uma “urgente necessidade de respeitar e promover os direitos e as características intrínsecas aos povos indígenas, especialmente os direitos às suas terras, territórios e recursos naturais”. Este será o principal tema a ser tratado aqui, pois é a principal violência ocorrida contra os povos indígenas no Brasil, tendo em vista serem as terras em que habitam, sendo quesito fundamental para a sobrevivência desses povos tradicionais.

Seguindo o entendimento do autor, apesar do Brasil ainda não ser signatário desta Declaração, alguns preceitos e princípios já fazem parte do ordenamento jurídico nacional, tal quais os direitos e garantias estabelecidos nos artigos 231, 232 e parágrafos da Constituição Federal, porém, quando de forma voluntária o Estado aderir esta Declaração, contribuirá de fato a uma forma mais profunda no que diz respeito à aplicabilidade dos direitos humanos e da universalização de direitos a esses povos tradicionais, que “sem prejuízo dos direitos individuais, permitirá aos povos indígenas a possibilidade de fazer respeitar as suas próprias pautas de direitos humanos” não podendo esquecer que sempre será observado também o interesse da sociedade como um todo (SILVEIRA, 2010, p. 46).

A presente Declaração estabelece que:

Artigo 10. Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

Como salientado, esta Declaração ainda não foi adota para garantia de direitos indígenas no Brasil, porém, carrega fundamentos e princípios de direitos humanos prevalecidos na Convenção 169 da OIT e no Direito Interno, como por exemplo, o §5 do artigo 231 da Constituição, que proíbe à remoção dos povos indígenas, ressalvado a hipótese de catástrofe, devendo retornar as suas terras assim que possível. No entanto, no que diz respeito a consulta livre, prévia e informada é bastante vaga em nossa Constituição e o que advém do direito internacional que o Brasil é signatário não é de fato cumprido, por isso, seria de grande importância a sua integração, por ser mais completa e para regularizar e evitar as violências causadas pelo Estado, a fim de ditar direitos, deveres e obrigações deste para com os índios.

### **3. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL**

A demarcação das terras indígenas sempre foi uma atribuição do órgão de proteção aos índios, tanto da FUNAI quanto do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), órgão este não mais existente. Importante ressaltar que os anos de 1964 a 1985, conhecido também como o período da ditadura militar, as demarcações foram “desviadas para instâncias que dificultavam e faziam um juízo político das demarcações”. Hoje a FUNAI é responsável pelo estudo antropológico das terras indígenas, reconhecendo e efetuando a demarcação física dessas terras que, seguindo a regra geral, são homologadas por decreto presidencial chamado de ato demarcatório (VILLARES, 2009, p. 127).

O direito dos índios, no que diz respeito à demarcação de terras indígenas, por muito tempo, desde a invasão dos portugueses foi violado, e de fato aludido pela primeira vez no Estatuto do Índio. Com base nos dados da FUNAI, houve vários Decretos para regular o processo administrativo, o primeiro deles foi regulamentado três anos após a promulgação do Estatuto do Índio, pelo Decreto de nº. 76.999/76, dispondo que a demarcação de terras indígenas era elaborada por estudo antropológico e por meio de portaria a terra era demarcada pela FUNAI, porém a homologação dependia de assinatura do Chefe do Poder Executivo, sendo este o Presidente da República, para então ser levado a registro pelo Serviço de Patrimônio da União (SPU).

O decreto anterior foi modificado e atualizado por meio de novo Decreto sob o nº. 88.118/83. Importante perceber que tal modificação ocorreu em pleno período ditatorial e a regulamentação advinda deste dificultou de maneira discrepante do decreto anterior, definindo que a demarcação das terras tradicionais, habitada por povos também tradicionais, era de competência da equipe técnica da FUNAI, mas não tão somente isso, uma proposta era passado por diversos grupos federais e estaduais, bem como ministérios, além disso este processo era encaminhado para

os ministros do Interior e Extraordinário para assuntos fundiários, aprovado o processo, este era encaminhado para o Presidente da República para homologação e registro ao SPU.

Dois anos após a ditadura e o País ser declarado como um Estado democrata, ainda havia grandes resíduos de um período crucial do Brasil para com todos que aqui habitavam, sejam índios ou não índios. Um ano antes da nossa Constituição de 1988 surgiu um novo decreto de nº. 94.945/87, a fim de atualizar o procedimento demarcatório de terras indígenas, pouca coisa mudou, este continuou adotando o mesmo procedimento, acrescentando apenas a regulamentação das terras que em meio à fronteira se localizassem, sendo necessário um representante da Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional, após a demarcação física da FUNAI e aprovado por todos os órgãos anteriormente mencionados, após a aprovação o processo era homologado pelo Presidente da República e registrado no SPU.

Antes de ser aplicado o Decreto atual que define o procedimento a ser tomado para a demarcação de TIs, houve o Decreto de nº. 22/91, com o processo bastante diferente do anterior, por ser posterior a nossa constituição que estabeleceu um capítulo inteiro referente ao direito dos povos indígenas. Este decreto, bem mais simples e eficaz, definia que a demarcação das terras indígenas deveria ser coordenada por antropólogo e a participação de índios era livre, não mais era passado por órgãos ministeriais, mas sim por aprovação do presidente da FUNAI e publicado no DOU, ao invés do processo ser repassado por órgãos ministeriais, este era encaminhado ao Ministro da Justiça que declarava, se aprovado, a terra como de posse permanente dos índios. O referido decreto definiu também que o INCRA deveria interferir e reassentar não índios que ocupassem essas terras para então ser homologada e registrada nos moldes dos decretos anteriores.

Para Souza Filho e outros (2009, p. 14), a importância da definição dos limites das terras indígenas por meio de demarcação, nada mais é que a garantia da segurança física e jurídica das comunidades que habitam esses territórios com o intuito de evitar o confinamento, onde neste impera intensos conflitos internos e externos, para evitar as consequências ocorridas em desfavor dos índios e o próprio confinamento, deverá ser revisada as demarcações, tendo em vista a necessidade de ampliá-las, observando a precisão dessas populações por áreas maiores.

Há quem diga que a demarcação de terra indígena nada mais é do que um ato secundário, pois a simples ocupação tradicional é suficiente para que as terras sejam protegidas pela União, conforme dispõe o artigo 231 da Constituição Federal; ou seja, independentemente de demarcação é dever da União proteger e fazer valer todos os bens nelas existentes. Nos ensinamentos do autor “o que define a terra indígena é a ocupação, ou posse ou o ‘estar’ indígena sobre a terra e não a

demarcação”, porém, para efetivar o direito e garantia dos índios sobre as terras em que habitam é indispensável a demarcação (MAREÍS, 2006 apud SOUZA FILHO... et al., 2009, p. 14).

Percebe-se que quanto mais tempo passava-se do prazo estabelecido, mais complicado se tornava o procedimento demarcatório. Atualmente o processo de demarcação das terras indígenas é regulado pelo Decreto nº. 1.775/96 (anexo) como procedimento exigido no artigo 231 da Constituição Federal, e no artigo 2º, inciso IX da Lei nº 6.001/73, e, é por este que se sustentará os próximos subtítulos.

### **3.1 COMPETÊNCIA PARA DEMARCAR**

A competência para demarcar as terras indígenas, apesar de não estar expresso no Decreto 1.775/96, está presente no artigo 231 da Constituição e diz que é atribuição exclusiva da União por ser o legítimo dono dessas terras, tendo os índios apenas a posse desses territórios tradicionalmente habitados. Importante frisar que a demarcação de terras que se encontram no limite do território nacional, ou seja, em limite de fronteiras, sobre estas a competência para demarcar continua a cargo da União, porém deve haver manifestação do Conselho de Defesa Nacional e o ato final recairá ao Congresso Nacional a responsabilidade de legislar sobre essas demarcações (MIRANDA, 2006, p. 350).

No que diz respeito à manifestação do Conselho de Defesa Nacional, quando a demarcação de terras estiver localizada em áreas de fronteiras, prevalecerá sobre este a competência da União, pois a aprovação do primeiro não é requisito de validade, conforme decisão:

[...] Donde competir ao Presidente da República homologar tal demarcação administrativa. A manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira [...] (STF - MS: 24045 DF, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 28/04/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 05-08-2005).

Montanari Junior (2013, p. 110) explica que, por a União ter o domínio das terras indígenas como bens públicos, será responsabilidade desta o dever de “demarcar, dirigir as políticas públicas, proteger, garantir e emprestar eficácia à norma constitucional em comento”. Diz o autor que essa responsabilidade não pode ser atribuição dos Estados, tendo em vista, que cada um adotaria procedimentos e políticas diferentes.

A demarcação de terras indígenas é então atribuição exclusiva da União que tem o poder independente e próprio da Administração, devendo apenas os

estudos antropológicos sobre as terras serem elaborados pela FUNAI. A demarcação de terras indígenas, se aplicado conforme entendimento dos Estados, seja regional ou local, ensejaria uma série de discussões quanto a real aplicabilidade das normas e, neste caso, quanto à aplicação e eficácia do princípio da universalidade de direitos e da boa-fé não prevaleceriam no direito frente a questões políticas de cada Estado.

A FUNAI é responsável por fazer o estudo antropológico das terras a ser demarcadas, sendo este considerado como procedimento administrativo, que demarca a área física, porém para que seja de fato efetivada é necessário proceder ao ato administrativo que é um Decreto homologatório de competência exclusiva da União, ato este a cargo do Presidente da República. O que dificulta a demarcação, o reconhecimento e a homologação das terras indígenas não é o procedimento que os Decretos estipulam, ou por mora do órgão indigenista, ou por estudos antropológicos e demográficos, mas sim por interesses políticos e econômicos.

### **3.2 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO**

O dicionário de Direitos Humanos, no que diz respeito à demarcação de terras indígenas, define que:

Procedimento administrativo de iniciativa da União visando a identificação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, regulado pelo decreto nº 1.775 de 08 de janeiro de 1996, em obediência ao artigo 231 da Constituição Federal e artigo 67 do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. [...] é orientada pelo órgão federal de assistência ao índio, a FUNAI, comportando as seguintes fases: identificação e delimitação; aprovação e publicação; impugnação, decisão e demarcação propriamente dita, homologação e registro (GRABNER, 2009 apud MARTINS, 2009, p. 27).

O procedimento administrativo deve ser aplicado em toda e qualquer demarcação de terras indígenas tradicionalmente ocupadas por índios, mesmo aquelas demarcadas antes da Constituição de 1988 que necessitam ser revisadas. É procedimento que pode ter a iniciativa ou pleito da FUNAI, dos índios, das organizações que representam esses povos ou até mesmo de entidades não-governamentais. O procedimento administrativo deve ser iniciado e orientado pelo órgão federal de assistência ao índio, neste caso a FUNAI, de acordo com o artigo 1º do Decreto nº. 1.775/96.

A FUNAI, através de Portaria do Presidente, designará um grupo de trabalho que será coordenado por antropólogo qualificado para realizar estudos etno-históricos, sociológicos, jurídicos, cartográficos, ambiental e para levantamento

fundiário necessários à delimitação que poderá ter a participação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA ou dos órgãos fundiários estaduais. Importante salientar que os índios poderão se fazer presentes em todas as etapas do procedimento administrativo, respeitando o disposto no § 3º do respectivo Decreto, tendo em vista trata-se de terras que são fundamentais para existência, crescimento e continuidade desses povos tradicionais.

Ao término dos estudos de identificação e delimitado da área a ser demarcada, o grupo técnico deverá apresentar relatório circunstanciado à FUNAI. Provado o relatório pelo órgão indígena responsável, deverá este ser publicado no Diário Oficial da União no prazo máximo de 15 dias, devendo este ser publicado também na sede da Prefeitura Municipal do local em que está sendo feita a delimitação da área indígena.

Importante observar que a este procedimento também será garantido o contraditório e a ampla defesa, como bem assegura o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. A decisão do STF esclarece essa garantia:

Poder-se-ia cogitar de violação da ampla defesa se o decreto não estabelecesse prazo algum ou mesmo se estabelecesse um prazo exíguo para os interessados que tiveram seus processos de demarcação iniciados antes do advento do decreto de 1996. Não é o caso.

O direito à ampla defesa, como típico direito à organização e procedimento, concede uma margem maior de apreciação ao legislador, cabendo ao judiciário apenas controlar os casos em que fiquem patente violação do seu núcleo essencial. No caso, diante de situações fáticas não similares, o Presidente da República teve a cautela de conceder a todos os interessados o direito de se manifestar dentro de prazos razoáveis. O prazo de 90 dias, após a publicação do decreto, é suficiente para que os interessados se manifestem acerca da demarcação. Até se presume que, pelo fato de os processos de demarcação terem sido iniciados antes do decreto, os interessados ao menos já se haviam mobilizado a fim de contestar aspectos referentes à demarcação (MS 24.054-8 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJ 05.08.2005).

É dado aos interessados o prazo de 90 dias para contraditar e se defender no processo demarcatório a fim de reivindicar terras que não sejam de posse tradicional indígena. As razões devem ser juntadas com todas as provas possíveis e encaminhadas ao órgão competente, neste caso a competência ainda é da FUNAI. A intenção do contraditório e da ampla defesa é para “pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais do relatório”, preceito este estabelecido no § 8 do Decreto

1.775/96, porém este jamais caberá quando a demarcação já tiver sido alvo de registro em cartório ou na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

Após o prazo para contraditar, será contado 60 dias para que a FUNAI encaminhe o processo administrativo e os pareceres relativos às razões e provas para apresentar ao Ministro de Estado e Justiça, como ato de identificação das terras indígenas. Em até 30 dias, o Ministério de Justiça do Estado decidirá, por meio de portaria os limites da terra e determinará a demarcação, a denegação do pedido deverá ser fundamentada e com remissão do procedimento à FUNAI.

Aprovada a identificação, será levantada a presença de não índios que habitam essas terras tradicionais, devendo a FUNAI priorizar o assentamento desses não índios, com base no artigo 4º do Decreto. Após esse procedimento e homologada a terra, caberá ao órgão indigenista em até trinta dias registrar em cartório imobiliário da comarca e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

### 3.3 DEMARCAÇÃO JUDICIAL

É cabível, em caso de lide entre os que se dizem donos das terras habitadas por índios, litigar conflitos no judiciário por meio de ação petítória ou demarcatória, tendo em vista alguns princípios processuais. Ensina Miranda (2006, p. 355) que quando preenchido todos os preceitos do Decreto 1.775/96, poderá o mesmo ser questionado no judiciário, observando o inciso XXXV “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” observando o princípio do contraditório e da ampla defesa inserido no inciso LV e no que diz respeito à demarcação de terras também será assegurado o inciso LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, estando os incisos presentes no art. 5º da Constituição Federal.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INTERDITO PROIBITÓRIO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS PELA FUNAI. LITISCONSÓRCIO DA UNIÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. 1. O art. 19, § 2º, da Lei 6001/73 (Estatuto do Índio), veda a utilização de interditos possessórios contra a demarcação das terras indígenas. No caso, as portarias mencionadas pelos autores dispõem sobre o estudo da área, que antecede uma futura demarcação. O rito adequado a ser seguido, em qualquer dos casos, é o da ação petítória ou demarcatória, como ressalva o mencionado dispositivo legal. Processo extinto pela inadequação da via eleita, quanto ao pedido referente à demarcação [...](TRF-4 - AC: 95120 SC 2000.04.01.095120-9, Relator: TAÍS SCHILLING FERRAZ, Data de Julgamento: 28/05/2002, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 12/06/2002 p.323)

Como se pode perceber é pacífico que toda e qualquer lide que ocorra contra as demarcações advindas do procedimento administrativo deve proceder via ação petitoria ou ação demarcatória, tendo em vista o dispositivo do § 2º do artigo 19 do Estatuto do Índio “Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitoria ou à demarcatória”, ou seja, não se pode recorrer ao procedimento administrativo por meio de Ação de Reintegração de Posse ou Interdito Proibitório.

Sobre as ações petitorias, Villares (2009, p. 146) diz que:

As ações petitorias possibilitam a discussão sobre o reconhecimento de um direito real. São modalidades de ação petitoria as ações de reivindicação, negatória, confessória e de petição de herança. Ação demarcatória é uma designação específica para a ação anulatória cuja finalidade é anular o procedimento administrativo de demarcação, no todo ou em parte, por vício formal ou material.

Importante salientar que a demarcação de terras indígenas só pode ser levada ao Judiciário quando o processo demarcatório estiver concluído, ou seja, quando observado todos os procedimentos constantes no Decreto 1.775/76 inclusive o ato homologatório do Chefe do Poder Executivo. Villares (2009, p. 147) ensina que “antes que a demarcação tenha sido definitivamente homologada, não há como recorrer a qualquer das ações petitorias ou declaratórias de nulidade [...]”, ou seja, cabe levar demanda ao judiciário somente quando o ato homologatório tenha sido formalmente reconhecido e acabado.

Aquele que se sentir prejudicado com a demarcação de terras indígenas poderá litigar no poder Judiciário, com o intuito de buscar e corrigir erros do ato administrativo já homologado, esta será possível por meio de ação petitoria ou ação demarcatória, assegurando assim, os princípios aqui salientados constantes na Carta Magna.

### **3.4 DEMARCAÇÃO NOS TRIBUNAIS**

A competência de demarcação de terras indígenas nos Tribunais foi aludida pela primeira vez no julgamento da Reclamação nº 2.833-0/RR, cujo relator foi o ministro Carlos Ayres Britto. Foi decidido que caberia àquela corte, neste caso o STF, julgar os conflitos que envolvessem questões de nulidade de processos demarcatórios, Mandados de Segurança, pedidos de liminar, de revisão de demarcação dentre todas as modalidades recursais possíveis e cabíveis. Como se percebe, no decorrer deste trabalho, foi reproduzido diversas decisões de Tribunais, todas com base e resguardo no artigo abaixo:



Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originalmente

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

A decisão que julgou nulo o procedimento administrativo da demarcação da TI Raposa Serra do Sol, mostra que o STF, neste caso específico, teve total competência para julgar a lide, bem como determinar os procedimentos que deveriam ser feitos. O voto foi dado pelo Ministro Carlos Brito em julgamento da Petição sob o n.º 3.388 – 4 RORAIMA.

### **3.5 MORA DO EXECUTIVO EM DEMARCAR AS TERRAS INDÍGENAS**

O Executivo está em mora com as demarcações de terras indígenas desde 1978, após ter se esgotado o prazo estabelecido na Lei 6.001 promulgada em 1973, intitulada como Estatuto do Índio que dispôs no artigo 65 que “O poder executivo fará no prazo de 5 anos a demarcação das terras indígenas ainda não demarcadas” e como se sabe, o prazo não foi respeitado. Passando-se mais dez anos em mora, a Constituição Federal com a finalidade de reafirmar o prazo e por meio de nova política constitucional, em 1988 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) no Art. 67 estabeleceu que “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituinte”, passado 26 anos do prazo estabelecido, este foi mais uma determinação não cumprida pelo Estado, tendo em vista haver muitas terras tradicionalmente ocupadas por índios ainda não demarcadas.

O prazo que estabelece o ADCT e o Estatuto do Índio não é decadencial ou prescricional, tendo em vista a natureza da matéria, como bem salienta o ministro Marco Aurélio:

Quanto ao prazo previsto no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para a conclusão da demarcação de terras, atende-se para a circunstância de que não se mostrou peremptório, somente revelando ante a natureza da matéria – demarcação de terras -, o desejável implemento em espaço razoável. [...] Excluo, assim, a tomada do prazo de cinco anos, previsto no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitória, como de decadência. (STF - MS: 24566 DF, Relator: MARCO

No mesmo sentido, Villares (2009, p. 128) explica que o prazo estabelecido pelo Estatuto do Índio e no ADCT não pode ser peremptório, mas sim norma pragmática, cuja finalidade é a de impor a União que demarque as terras em tempo razoável, podendo até mesmo se fazer um juízo de urgência e oportunidade para verificar a necessidade de demarcação das terras com pedidos e até mesmo procedimentos já concluídos.

Questões políticas fazem com que a demarcação de terras indígenas fique a mercê e em constante inércia do executivo para com a aplicabilidade do direito dos índios. O ano de 2012 constou no relatório de violência do CIMI (2012, p. 14) que apenas 7 terras foram demarcadas e que 44 processos concluídos de demarcação dessas terras estavam “engavetadas” esperando apenas providência do Chefe do Executivo para efetivar as homologações.

Percebe-se então que a demarcação de terras é apenas mais uma forma de atrasar o reconhecimento do direito originário sobre as terras habitadas e contra os preceitos de direitos humanos garantido no direito internacional e até mesmo pela Constituição, definindo que os índios têm direito as terras habitadas independente de ato demarcatório. Não se quer aqui dizer que a demarcação é algo desnecessário, ao contrario, é o que se quer em prazo hábil, porém esta é o simples ato de reconhecimento do Estado, onde informa a sociedade as medidas adotadas e as populações existentes naquele território definido e homologado. Importante salientar que a demarcação não é ato que define terra desconhecida e não habitada por populações indígenas, ou seja, os índios terão direito sobre as terras existentes e já habitadas tradicionalmente desde que não sejam de terras privadas, não podendo estes ser remanejados para terras desconhecidas.

O Brasil deixa que os povos indígenas se transformem em “minorias invisíveis”, como bem ensina Silveira (2010, p. 31). Talvez, esse seja um dos motivos de grandes mobilizações, e a principal causa é o atraso nas demarcações de terras e a falta da aplicação de direito interno e internacional para com os índios. Recentemente no Congresso Nacional houve uma suspensão das demarcações de terras indígenas, até mesmo as portarias declaratórias que reconhecem novas TIs estavam paralisadas, com a alegação de que devem ocorrer “mesas de diálogos” entre produtores rurais e índios com o intuito de evitar lide em processos judiciais.

Questões políticas e econômicas prevalecem frente ao direito de terras que garantem a sobrevivência dos povos tradicionais, o que neste caso prevalece são questões políticas que têm como intuito beneficiar os grandes proprietários de terras, o Chefe do executivo dificulta a demarcação de terras, a fim de beneficiar poucos que se destacam economicamente, e, como resultado viola o direito fundamental de

uma coletividade que têm direitos tradicionais sobre tais terras, isto é muito parecido com o que ocorreu no período colonial, questões econômicas prevalecendo frente ao direito dos povos indígenas.

Neste sentido, não se pode passar despercebido frente os ensinamentos de Rawls (2000, p. 4):

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos.

De nada adianta ser o ato homologatório de competência Federal, se o que prevalece neste são as imposições de interesses políticos e econômicos advindo de representantes do povo, que se submete aos interesses de pequenas parcelas econômicas, como é possível se deparar hoje com os processos homologatórios suspensos, a fim de prevalecer interesses de representantes do agronegócio e ruralistas. Neste caso não é o interesse público da União que esta prevalecendo ao direito dos índios, forma esta admitida na Constituição Federal, mas o que não se pode admitir e está acontecendo, é que as terras indígenas não são demarcadas por ser interesse de uma única parcela da sociedade, e mais, pode-se dizer que o Poder Executivo manipula as demarcações das TIs.

Abaixo, o numero de terras declaradas e homologadas nos seis últimos governos:

**Quadro 1 –Reconhecimento de terras indígenas nos seis últimos Governos**

| Presidente [período]                                   | Nº** | Extensão (Ha)** | TIs Declaradas* | TIs Homologadas* |
|--|------|-----------------|-----------------|------------------|
|  |      |                 | Nº**            | Extensão (Ha)**  |
| <i>Dilma Rousseff [Jan 2011 a Abr 2013]</i>            | 10   | 1.078.543       | 11              | 2.025.406        |
| <i>Luiz Inácio Lula da Silva [Jan 2007 a Dez 2010]</i> | 51   | 3.008.845       | 23              | 7.726.053        |
| <i>Luiz Inácio Lula da Silva [Jan 2003 a Dez 2006]</i> | 30   | 10.282.816      | 67              | 11.059.713       |
| <i>Fernando H. Cardoso [Jan 1999 a Dez 2002]</i>       | 60   | 9.033.678       | 31              | 9.699.936        |
| <i>Fernando H. Cardoso [Jan 1995 a Dez 1998]</i>       | 58   | 26.922.172      | 114             | 31.526.966       |
| <i>Itamar Franco [Out 92 a Dez 94]</i>                 | 39   | 7.241.711       | 16              | 5.432.437        |
| <i>Fernando Collor [Mar 90 a Set 92]</i>               | 58   | 25.794.263      | 115             | 26.405.219       |
| <i>José Sarney [Abr 85 a Mar 90]</i>                   | 39   | 9.786.170       | 68              | 14.370.486       |

\*Fonte: Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/demarcacoes-nos-ultimos-governos>>, em 09/06/2014

O número de terras homologadas é muito diferente de Governo para Governo, a clareza de interesses políticos e econômicos transparecem frente à discrepância de demarcações homologadas por cada um, independente do procedimento em vigência. O ideal seria passar o ato homologatório final das terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas para o Poder Judiciário, criando Varas especializadas de acordo com a demanda, respeitando sempre o procedimento administrativo e a viabilidade, tendo em vista o Judiciário ser um órgão sério e com melhores fundamentos para demarcar essas terras sem interesses políticos e econômicos sobre elas, devendo a União atuar como parte legítima já que as terras a ser demarcadas são bens da União.

O procedimento administrativo já concluído, que depende tão somente do ato homologatório do Chefe do Executivo, não pode ficar “congelado” sobre o poder deste a espera do ato final, violando garantias fundamentais a qual o Estado tem o dever de assegurar aos povos tradicionais, sendo assim, outra solução, seria estabelecer um prazo razoável para que o responsável homologasse tais terras, assim garantiria em tempo hábil ou no máximo proporcional a efetivação de todos os direitos fundamentais aqui já mencionados.

O que se pretende é justamente o que Rawls (2000, p. 4) ensina:

Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior.

A falta de demarcação das terras habitadas por povos tradicionais em tempo hábil causam grandes danos a vida dos indígenas, não por causa dos procedimentos adotados por Decretos, mas sim por falta da aplicação da Justiça em forma ampla. A demarcação de TIs já é regulada pelo direito, o que se busca e se quer é que a esse direito seja aplicado à Justiça, porém, até que o ato final demarcatório seja responsabilidade e dever do Chefe do Executivo isso não será aplicado, pois o que prevalece são interesses políticos e econômicos.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A terra é a principal reivindicação entre índios e não índios, tendo em vista ser matéria de cunho fundamental para sobrevivência de ambos, porém o segundo não se limita apenas a isto, mas sim visando interesse de crescimento econômico e social.

O direito originário para os índios é então, preceito fundamental para a existência e continuidade desses povos tradicionais, o artigo 231 da Constituição Federal garante esse direito, porém para ser efetivado de fato é necessário que essas terras sejam demarcadas, para que assim sejam respeitados seus espaços naturais, imprescindíveis a sobrevivência, bem como a regularização para que não indígenas sejam retirados dessas terras tradicionais quando habitadas, respeitando assim a originalidade dessas terras.

Como demonstrado, somente em 19 de Dezembro de 1973 o Brasil adotou uma Lei específica (Estatuto do Índio) no que diz respeito ao direito dos povos indígenas e em 1988 foi constitucionalizado um capítulo sobre os índios, inovando grandemente ao reconhecimento do direito desses povos. Contudo, é perceptível que o Estado apenas reconheceu o direito dos índios, porém não são efetivados e de fato aplicados, isto explica as grandes mobilizações ocorridas nos últimos tempos, o que se quer é a aplicabilidade do direito já reconhecido, principalmente sobre a demarcação de terras.

A nossa Constituição é carregada de preceitos e princípios de âmbito internacional, ambos não são respeitados pelo Estado, pois os Tratados e Convenções Internacionais em que o Brasil faz parte, pouco é aplicado, principalmente em relação à consulta livre, prévia e informada que deve sempre prevalecer quando de forma direta afetar as populações indígenas, e, quando aplicado não respeita ou cumpre os acordos firmados.

Como salientado neste trabalho, existem dois tratados específicos aplicáveis aos povos indígenas, o primeiro é a Convenção 169 da OIT, o segundo é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, porém a este último o Brasil ainda não é signatário. O que faz esses tratados serem violados em âmbito interno é a não obrigatoriedade de cumprimento, diversas denúncias são feitas a órgãos internacionais, mas estes apenas fazem recomendações para que seja de fato aplicado, porém a falta de norma obrigatória faz com que o Estado continue violando os Tratados e Convenções internacionais.

As lutas e mobilizações indígenas são entorno a falta de demarcação de terra, esta faz com que frequentemente tenha os índios seus direitos fundamentais tanto de âmbito interno como internacional violados, pois a demarcação é o meio formal em que o Estado reconhece o direito originário dos indígenas sobre as terras habitadas, e adota a função de garantir que essas terras não sejam habitadas por não indígenas.

O Decreto 1.775/76 estabelece que a demarcação de terras indígenas deva ser feita por iniciativa da FUNAI e finalizadas pela União Federal por meio de decreto homologatório. Este trabalho mostra que não há dificuldades do órgão de proteção aos índios frente a questões políticas, econômicas, sociológicas ou antropológicas nos estudos de demarcação de determinada terra indígena, o que ocorre é que os procedimentos administrativos já concluídos pela FUNAI ficam estagnados no

Congresso Nacional a espera de assinatura do Decreto homologatório que somente pode ser do Presidente da República.

Com as suspensões de demarcação das terras indígenas no ano de 2014, ficou claro que esses processos ficam a mercê do procedimento final da União por interesses econômicos e principalmente políticos por ter a frente grandes donos de terras, o agronegócio e ruralistas. Alguns autores dizem que o PAC também faz parte desse conjunto de interesses, porém não é verdade, tendo em vista que mesmo as terras demarcadas, por interesse público da União podem sofrer com apropriação do Estado frente os interesses econômicos, com base no §6 do artigo 231 da Constituição Federal.

Percebe-se então, que a mora do processo demarcatório não se justifica pelos diversos Decretos reguladores dos procedimentos demarcatórios, mais sim frente a interesses econômicos e políticos perceptíveis de Governo para Governo, deixando mais uma vez claro que o não cumprimento do prazo estabelecido no Estatuto do Índio e no artigo 67 do ADCT, de cinco anos, não é consequência das dificuldades enfrentadas pela FUNAI, porém é descumprimento da norma constitucional pelo próprio Estado, pois o ato final depende tão somente do Chefe do Poder Executivo.

Assim, conclui-se que a demarcação das terras indígenas em tempo hábil é a única maneira de diminuir as violações promovidas pelo Estado contra os povos indígenas, no que diz respeito aos direitos fundamentais, pois as terras em que habitam são garantias de todos os preceitos estabelecidos no artigo 231 da Constituição, os quais, o Estado reconhece aos índios frente ao restante da população a “[...] 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”.

Não se pode deixar que essas demarcações sejam influenciadas por questões políticas e econômicas, assim sendo, para haver justiça ao direito vigente, seria ideal que o ato final das demarcações fosse atribuição do Poder Judiciário, respeitando o procedimento administrativo e a viabilidade, a fim de fazer valer o direito existente e a garantia dos preceitos reconhecidos na Constituição para com os povos indígenas, sem interferência política, ou que fosse estabelecido prazo para o chefe do Executivo executasse o ato final homologatório.

## 5. REFERÊNCIAS

BARBIERI, Samia Roges Jordy. *Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana*. 2008. 242 f. Dissertação. (Mestrado em Direito Difusos e Coletivos), Universidade Metropolitana de Santos. 2008.

MISSIONÁRIO, Conselho Indigenista. *Relatório: violência contra os povos indígenas no Brasil - dados de 2012*. Brasília. 2012. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/viol/viol2012.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2014.

FUNAI, 2014. Disponível em: <[www.funai.org.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao](http://www.funai.org.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao)>. Acesso em: 17 abr. 2014.

LANA, Eliana; TEIXEIRA, Vanessa; URQUIDI, Vivian. *Questão indígena na América Latina: direito internacional, novo constitucionalismo e organização dos direitos indígenas*. [s.n.t]. Disponível em: <[http://www.usp.br/prolam/downloads/2008\\_1\\_8.pdf](http://www.usp.br/prolam/downloads/2008_1_8.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2013.

MARTINS, Cristiane Pereira dos Santos. *A questão de demarcação de terras indígenas no Brasil*. 2009. 50 f. Monografia. (Especialização), Curso de Pós-graduação em Direito constitucional, Faculdade Estácio de Sá. Disponível em: <<http://www.jfms.jus.br/intranet/secoes/1/305/306/MONOGRRAFIA%20%20Cristiane%20Pereira%20dos%20Santos%20Martins.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2013.

MEDIDAS de proteção. MC 382/10. *Comunidades indígenas da Bacia do Rio Xingu*. NW Washington DC: CIDH. 2011. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>> Acesso em: 05 jun. de 2014

MIRANDA, Alcir Gursen. *Áreas Indígenas*. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão. *O direito agrário na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Cap. 14, p. 325 - 378

MONTANARI JUNIOR, Isaías. *Demarcação de terras indígenas e cooperação internacional: análise do PPTAL – Programa Piloto de Proteção das Terras Indígenas da Amazônia Legal*. 1. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2013.

NASCIMENTO, Sabrina Mesquita do. *Usina Hidrelétrica de Belo Monte: o campo de forças no licenciamento ambiental e o discurso desenvolvimentista dos agentes políticos*. 2011. 278 f. Dissertação. (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável). NAEA, Universidade Federal do Pará. 2011.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SOCIOAMBIENTAL, 2014. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/demarcacoes-nos-ultimos-governos>>. Acesso em: 2 jun. 2014.

VADE MECUM SARAIVA. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

SILVEIRA, Edson Damas da. *Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira*. 1. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2010.

SOUZA FILHO, C. F...et al., *Projeto pensando o direito: estatuto dos povos indígenas*. Curitiba, 2009. Disponível em: <[http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/19Pensando\\_Direito.pdf](http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/19Pensando_Direito.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2013.

UNIÃO, Advocacia Geral da. *Demarcação de terras indígenas*. Brasília. 2005. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/531682](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/531682)>. Acesso em: 08 jun. 2014.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba, PR: Juruá, 2009. 350 p.

**Recebido em:** 30/04/2015

**Aceito em:** 28/06/2015