

A demarcação de terras indígenas no Brasil e as lições do movimento constitucionalista latino-americano insurgente¹

Cleide Calgaro²

Diego Coimbra³

Martiane Jacques La Flor⁴

Resumo: O estudo ora apresentado demonstra uma análise acerca da demarcação de terras indígenas e sua correlação com o constitucionalismo latino-americano. Pretende-se com o presente trabalho apresentar os conceitos envolvidos, o histórico legislativo, bem como estabelecer uma necessária relação entre a problemática questão ambiental indígena e a tutela ambiental defendida por esse novo constitucionalismo. O método utilizado é o analítico-hermenêutico, no qual, através de pesquisa bibliográfica e documental, será feito o exame científico do problema apresentado. Pode-se concluir, a partir do exposto, que o constitucionalismo latino-americano vem em amparo e serve de justificativa para que as terras indígenas sejam adequadamente demarcadas no Brasil.

Palavras-Chave: Direito Ambiental, demarcação, terras indígenas, constitucionalismo latino-americano.

The demarcation of indigenous lands in Brazil and the lessons of the insurgent latin american constitutionalist movement

Abstract: The study presented here demonstrates an analysis of the demarcation of indigenous lands and their correlation with Latin American constitutionalism. The present work intends to present the concepts involved, the legislative history, as well as to establish a necessary relation between the problematic indigenous environmental question and the environmental protection defended by this new constitutionalism. The method used is the analytical-hermeneutic, in which, through bibliographical and documentary research will be made the scientific examination of the problem presented. It can be concluded, from the above, that Latin American constitutionalism comes under the protection and serves as justification for the indigenous lands to be properly demarcated in Brazil.

Keywords: Environmental Law, demarcation, indigenous lands, Latin American Constitutionalism.

Introdução

O direito dos povos indígenas foi suprimido desde a colonização do Brasil e, com o aumento do agronegócio e suas fontes de poder, as terras indígenas vêm, cada vez mais, sendo extintas. Nesta disputa por autoridade e, principalmente, guerra por espaço territorial, percebe-se o enfraquecimento da FUNAI na tutela indígena, órgão responsável por regularizar os territórios autóctones, que se reflete na insegurança jurídica da propriedade ocupada.

Verifica-se que há um conflito aparente entre as normas constitucionais do art. 5º, que estabelece o direito de propriedade e a do art. 231, o qual assegura direito aos indígenas de suas áreas tradicionalmente ocupadas. O direito de propriedade dos índios não é pleno, na sua maioria, eles detêm apenas a posse permanente e usufruto (arts. 22 e 32 da Lei 6.001/73 - Estatuto do Índio). A detentora da propriedade é a União (art. 20, XI, da Constituição Federal). A problemática situa-se em decidir o que deve prevalecer e como administrar essa celeuma.

A estipulação de território indígena, por outro lado, parte da premissa da “terra” e não da “sociedade” indígena entendida como o vínculo e congruências étnicas e culturais. Nesse contexto, diversas tribos acabam ocupando terras juntamente a outras, nada similares em costumes, o que

dificulta ainda mais a qualidade e o modo de vida dos povos a isto submetidos. Como é cediço, as demarcações de terras indígenas, em sua origem, não tiveram, a intenção de resguardar os interesses dos nativos.

Figurando como aliado na defesa das demarcações territoriais indígenas surge o Constitucionalismo latino-americano, um constitucionalismo plural, com preocupação indígena. Porém, a simples demarcação sem a devida publicidade é inócua.

Visando a pontuar questões pertinentes, ainda que introdutórias, utilizou-se o método analítico, a partir da análise bibliográfica e documental, na expectativa de observar a compatibilização do direito à propriedade aos direitos indígenas.

A intenção do presente artigo é apresentar as dificuldades encontradas para defesa das áreas territoriais indígenas, vislumbrando o novo constitucionalismo latino-americano como norma impositiva de sua aplicação.

Direitos indígenas sobre a propriedade: a disputa pela terra

Os direitos dos povos indígenas são matéria constitucional, tanto em capítulos específicos – no título VIII, “Da Ordem Social”, e no capítulo VIII, “Dos Índios” –, quanto em outros dispositivos ao longo de seu texto. Nessa seção far-se-á um apanhado histórico-legislativo sobre os direitos dos indígenas, perpassando por considerações sobre o procedimento demarcatório de suas terras.

Cabe referir que quando tratamos sobre direitos indígenas estamos nos aludindo aos direitos decorrentes da legislação pátria e internacional acerca dos povos indígenas e não sobre o direito indígena puro, originado e manejado pelos povos indígenas.

Escorço pelo direito positivado

O marco inicial do direito dos indígenas ocorre no período colonial e é indicado pela doutrina como sendo o Alvará Régio, de 1º de abril de 1680, que reconheceu o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios, o indigenato, que, entretanto, apenas regulava os índios do Pará e do Maranhão. Somente em 1755 sobreveio outro Alvará que se destinou a todo o Brasil, a denominada Lei Pombalina de 1755⁵. Porém, foram de pouco alento, já que havia um grande problema de publicação, pois os interessados não eram “civilizados”⁶ e não sabiam se expressar ou ler no idioma dos colonizadores.

No entanto, com a vinda da família real portuguesa, em 1808, D. João VI tornou-a letra morta, ao autorizar a possibilidade de escravizar os índios, os quais estavam em guerra com os colonos devido a expropriação de suas terras.

Somente em 1831, através da Lei de 27 de outubro, foram os índios tutelados pela nação, através de criação de diretórios junto às aldeias (PAULA, 1944, p. 42).

Em 1845 com o Decreto n.º 426, de 24 de julho, houve a catequização e “civilização”⁷ dos índios. Isso criou duas caracterizações aos índios: os colonizados e aqueles denominados selvagens ou silvícolas, ou seja, aqueles não domesticados.

A Lei Imperial n.º 601, de 1850, reservou aos índios as terras dos aldeamentos; o Código Penal, por sua vez, trouxe penas mais severas quando a vítima fosse indígena.

Com a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), em 1919, iniciou-se um período de pacificação e proteção, abandonando o período sangrento anterior, no qual, através da denominada guerra justa, houve massacre dos indígenas por mando de D. João VI.

Entretanto, a ideologia do SPI era a de integração dos indígenas à sociedade dita nacional (OLIVEIRA, 1998, p. 33-34):

Até então, as ações de pacificação balizavam-se por ideologias integracionistas profundamente marcadas por ideologias integracionistas profundamente marcadas por idéias [sic] de cunho evolucionista, em que o Estado deveria garantir as condições para que, de forma gradativa e minimamente traumática, os índios fossem se incorporando à massa de trabalhadores nacionais, na condição de camponeses ou pequenos agricultores (ROCHA, 2017, p. 79).

Essa construção de uma identidade nacional, baseada na comunhão étnica, agradava as oligarquias e ocultava os grandes danos cometidos com os povos indígenas e justificava-se pelo modelo Estado-nação em que não cabem dentro do Estado diferenças étnicas ou nações indígenas já que se concebia a nação brasileira como única (DANTAS, 2017, p. 216 e 219)⁸.

Somente com a posterior substituição do SPI pela FUNAI⁹ foi possível uma demarcação adequada. “No período de 1988 a 2000, após a Constituição, foram demarcados cerca de 70% do total das terras indígenas demarcadas em toda a história do Brasil, comparado com os 30% demarcados entre 1910 e 1988” (BAINES, 2001, p. 36).

A Constituição de 1891, em seu art. 64, declarou pertencer aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. Em decorrência disso, muitos Estados começaram a tratar as terras indígenas como devolutas, apropriando-se delas.

A primeira Constituição a reconhecer os direitos indígenas foi a de 1934¹⁰, porém com cunho integracionista, característica abandonada apenas na Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal de 1937¹¹ seguiu resguardando os mesmos direitos, tal como a de 1946¹² e a de 1967¹³ e, sua emenda de 1969¹⁴.

Em 1973 foi criado o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001 de 19 de dezembro), que regulamentou a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. Houve o reconhecimento do direito de propriedade nos arts. 6º, 28º, §3º, 32, 40, III.

No plano internacional, com repercussão nacional, parte-se da Convenção n.º 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) para a Convenção n.º 169, também da OIT, além da aprovação, em 2007, da Declaração sobre os Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (ONU).

Por fim, a Constituição Federal de 1988, detém mérito em romper com a ideia de integralização de todos, passando a adotar como paradigma a interação, com respeito à diferença, perfectibilizando uma sociedade plural e multicultural.

A Constituição Federal de 1988 estipulou um prazo de cinco anos para que a demarcação de terras indígenas fosse concluída (art. 67, ADCT), já que o prazo do art. 65 do Estatuto¹⁵ não havia sido cumprido. Da mesma forma, o prazo não foi novamente cumprido¹⁶.

Terras indígenas: do processo demarcatório à sacralização

O artigo 19 do Estatuto do Índio foi a norma que determinou a demarcação das terras indígenas. Cabe mencionar, entretanto, que a localização e a extensão de uma terra indígena não é determinada por critérios de oportunidade e conveniência do Poder Público, mas sim pela ocupação tradicional. A demarcação é, portanto, um ato declaratório e vinculado, conforme dispõe o art. 231 e seus §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. “Em suma, as terras reconhecidas como tradicionalmente ocupadas pelos índios têm que ser demarcadas na sua integridade e continuidade” (SILVA, 2008), sob pena de violação constitucional.

E isso se justifica já que a ocupação indígena é imemorial, é anterior à própria existência do Estado, precede à própria Federação. Daí nasce o direito originário dos índios e o dever da União de demarcar as terras tradicionalmente por eles ocupadas.

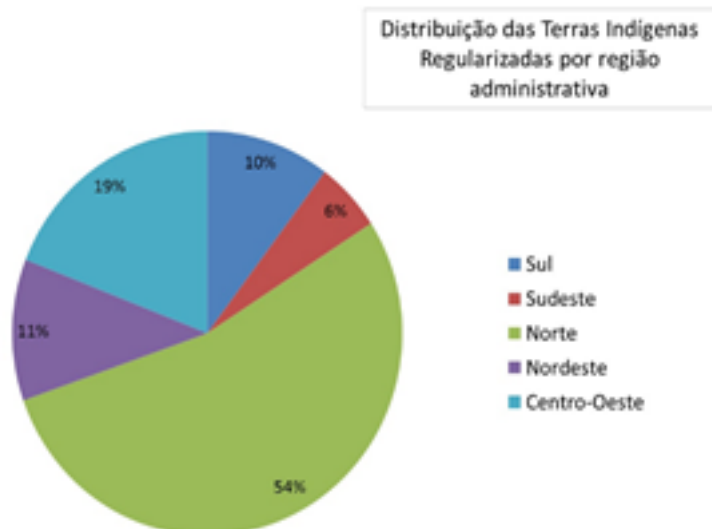
Assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal¹⁷, por meio do relator, Ministro Marco Aurélio, quando se decidiu que o Estado brasileiro do Mato Grosso não tinha direito a indenização por demarcação de terras indígenas, uma vez que as terras não eram de titularidade do Estado, pois são ocupadas historicamente pelos povos indígenas.

A demarcação, assim, é a materialização do dever de proteção e respeito aos direitos indígenas por parte da União, é o reconhecimento de situação de fato e de direito preexistente. E é ato irreversível, já que os índios não podem ser removidos de suas terras, salvo de maneira excepcional (art. 231, §5, Constituição Federal).

Essa posse nada se confunde com ocupação ou com a posse do Direito Civil, que é um poder de fato sobre a coisa, a qual pode ter ou não, o ânimo de coisa própria. A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios é aquela denominada *possessio ab origine*:

[...] *possessio ab origine* que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio. Por isso, é que João Mendes Júnior lembra que a relação do indígena com suas terras não era apenas um *ius possessionis*, mas também um *ius possidendi* [que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, como direito congênito], porque ela revela também o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Podemos dizer que é uma posse como habitat [...] (SILVA, 2008, sem paginação).

Por se tratar de bem da União (art. 20, XI, da Constituição Federal), a terra indígena é inalienável e indisponível, e os direitos sobre ela são imprescritíveis. Hodiernamente existem 462 terras indígenas regularizadas, localizadas em todos os biomas e que representam cerca de 12,2% do território nacional (FUNAI, 2018):

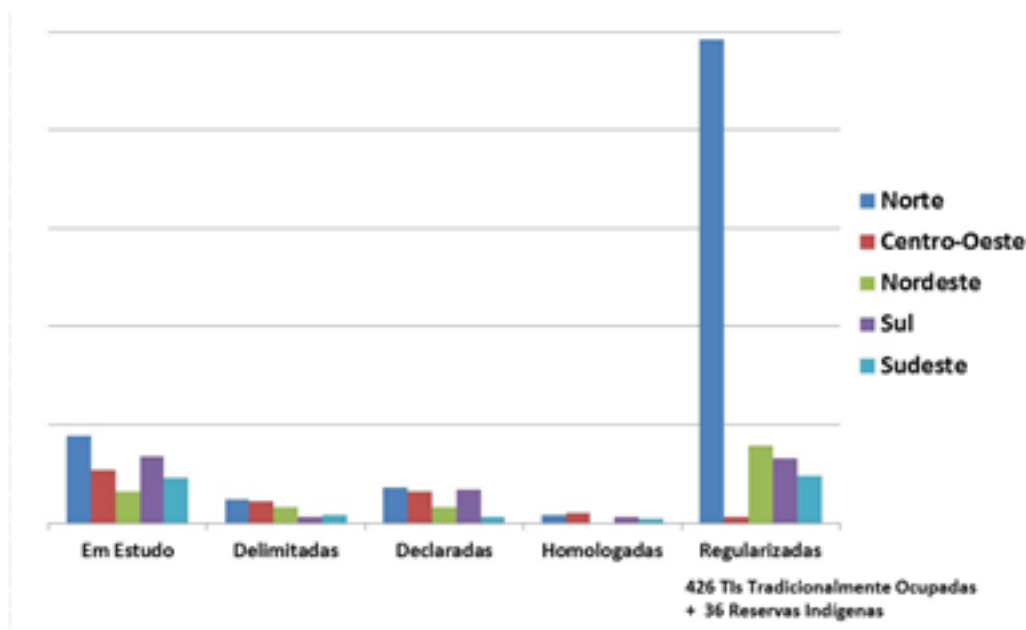


Fonte: FUNAI, 2018



Fonte: FUNAI, 2018

Em torno de 8% das 426 terras indígenas tradicionalmente ocupadas já regularizadas não se encontram na posse plena das comunidades indígenas, o que denota falta de efetivação dos direitos territoriais indígenas:



Fonte: FUNAI, 2018.

O processo de demarcação de terras indígenas é moroso e burocrático, possuindo cinco fases. Primeiramente, formam-se grupos técnicos de identificação e delimitação, finalizando com a elaboração de um relatório que conta com a participação de um antropólogo e do grupo indígena (art. 2º, Decreto 1775 de 1996). Posteriormente, há a fase de declaração que é a fase em que o Ministro da Justiça analisa a proposta aprovada pela FUNAI, juntamente com eventuais contestações existentes; depois, há a fase de demarcação, com base em portaria declaratória de terra indígena expedida pelo Ministro da Justiça. A demarcação é executada então pela FUNAI, através de marcos e placas georreferenciadas.

Logo, há a fase de homologação, com publicação de um decreto e, por fim, a fase de registro tanto no Cartório de Registro de Imóveis quanto na Secretaria de Patrimônio Público da União (SPU). Sobre a questão registral cabe referir que houve recente publicação de provimento regulando a matéria (Provimento 70, do Conselho Nacional de Justiça- CNJ)¹⁸ em que há possibilidade de cancelamento de eventuais averbações existentes em terras indígenas, tendo em vista que são nulos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 231, §6º, da Constituição Federal e art. 250, III e IV, da Lei de Registros Públicos).

Destarte existem seis tipos de terras tradicionalmente ocupadas, segundo a evolução do processo demarcatório: *terras em estudo*: quando se realizam estudos antropológicos, históricos, fundiários, cartográficos e ambientais, que fundamentam a identificação e a delimitação da terra indígena; *delimitadas*: aquelas com estudos aprovados pela Presidência da FUNAI, com a sua conclusão publicada no Diário Oficial da União e do Estado, e que se encontram na fase do contraditório administrativo ou em análise pelo Ministério da Justiça, para decisão acerca da expedição de Portaria Declaratória da posse tradicional indígena; *declaradas*: aquelas terras que obtiveram a expedição da Portaria Declaratória pelo Ministro da Justiça e estão autorizadas para serem demar-

cadras fisicamente, com a materialização dos marcos e georreferenciamento; as *homologadas*: terras que possuem os seus limites materializados e georreferenciados, cuja demarcação administrativa foi homologada por decreto Presidencial; as *regularizadas*: terras homologadas registradas Cartório em nome da União e na Secretaria do Patrimônio da União e, por fim, as *interditadas*: aquelas áreas com restrições de uso e ingresso de terceiros, para a proteção de povos indígenas isolados.

FASE DO PROCESSO	QTDE	SUPERFÍCIE(ha)
DELIMITADA	44	2.243.541,9658
DECLARADA	73	7.602.655,2123
HOMOLOGADA	13	1.497.048,9576
REGULARIZADA	436	105.714.670,4501
TOTAL	566	117.057.916,5858
EM ESTUDO	115	0,0000
PORTARIA DE INTERDIÇÃO	6	1.080.740,0000

Fonte: FUNAI, 2018.

O número de regiões é ainda muito baixo e “na maioria dos estados da Amazônia, as terras indígenas constituem áreas de extensão menor do que as terras aproveitáveis não exploradas dos imóveis rurais existentes” (OLIVEIRA, 1999, p. 66). Além do pouco espaço já demarcado inicialmente, o crescimento populacional indígena¹⁹ agrava a situação de escassez territorial.

Segundo o censo demográfico realizado pelo IBGE em 2010, o número de indígenas é de 817.963, representando 305 diferentes etnias e 274 línguas, dos quais 502.783 vivem na zona rural e 315.180 habitam as zonas urbanas de todos os Estados da Federação, sem computar 69 referências de índios ainda não contatados, segundo dados da FUNAI, e também aqueles grupos que ainda estão requerendo o reconhecimento de sua condição indígena junto ao órgão federal indigenista²⁰.



Fonte: IBGE, 2010

Interessante destacar que na cultura dos povos indígenas a terra é algo sagrado, o que faz com que a preservação²¹ desses territórios seja mais ativa²²:

Para lós pueblos que aún mantienen este vínculo explícito y consciente com la tierra, la naturaleza representa a uma madre, probablemente la más importante, pues es la madre de todo lo que crecen en ella y a su vez hay una conciencia de ésta como parte de un sistema integral, como proveedora se le respeta, no es un objeto sino un sujeto que interactúa con el yo, no es alteridad absoluta ni se le ve como una oposición entre el ser que la habita y sus ideales de vida, sino como parte de ellos mismos. (MARTÍNEZ, 2010, p.2).

A demarcação das terras indígenas, além de resguardar a dignidade das pessoas indígenas, beneficia também a sociedade como um todo, uma vez que ao garantir os direitos indígenas coopera para uma sociedade multicultural e pluriétnica, corroborando o dever estatal de proteção do patrimônio histórico e cultural (art. 24, VII, da Constituição Federal).

Não somente por sua qualidade sacra, a terra indígena é fundamental para a dignidade do povo indígena, quer para a sua reprodução física e cultural, quer para a manutenção de seu modo de vida, saberes e expressões culturais.

A Convenção 169 da OIT, em seu art. 13, obriga o Estado a respeitar a importância espiritual que a terra tem para os povos indígenas e tribais e a Convenção da UNESCO sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Imaterial, em seus artigos 14, c e 15, obriga o Estado a proteger os espaços naturais e lugares de memória, cuja existência é indispensável para expressão do patrimônio cultural imaterial de um povo, com a participação mais ampla possível das comunidades que criam, mantêm e transmitem este patrimônio.

Por sua vez, no plano nacional, a Constituição Federal instituiu um Estado Democrático de Direito para assegurar o bem-estar como valor supremo de uma sociedade pluralista (Preâmbulo), que buscará a integração cultural dos povos da América Latina (art. 4º, parágrafo único).

Ao Estado brasileiro cabe proteger: a vida (art. 5º, caput); os modos ancestrais de criar, fazer e viver (arts. 215, § 1º e 216, II); os espaços de manifestações culturais ancestrais (art. 216, IV), os processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I); a biodiversidade (art. 225, § 1º, II); e os recursos ambientais necessários à reprodução física e cultural dos povos ancestrais, segundo os seus usos, costumes e tradições (art. 231, § 1º). Isso se compatibiliza com o novo constitucionalismo latino-americano.

As lições do constitucionalismo latino-americano insurgente

o Constitucionalismo latino-americano, também nominado Constitucionalismo Andino ou ainda Constitucionalismo Transformador, é aquele que rompe com o passado colonial eurocêntrico com a refundação do Estado a partir do olhar inclusivo da cultura e sabedoria do povo originário local. Nesta nova visão, o *buen vivir* é a meta, buscada nos conhecimentos milenares indígenas e no convívio com a natureza, reconhecendo nesta uma personalidade autônoma. É sobre esse assunto que se discorrerá nesta seção.

De volta às origens

Esse moderno movimento constitucional é dado em resposta ao neoliberalismo que acabou reforçando a equação capitalismo-colonialismo (SANTOS, 2010, p. 61), uma vez que os países colonizados deixaram de se autorregular e autofinanciar, voltando a ser semicolônias, prova disso é o reaparecimento da monocultura de exportação e a volta do trabalho escravo. O novo constitucionalismo latino-americano busca essa descolonização:

Uma terceira etapa contemporânea que verdadeiramente representa o chamado “novo” constitucionalismo latino – americano passa a ser aquela representada pelas recentes e vanguardistas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia. Para alguns publicistas tais textos políticos expressariam um constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado com um outro paradigma não universal e único de Estado de direito, coexistente com experiências dos ‘saberes tradicionais’ de sociedades plurinacionais (indígenas, comunais, camponesas), com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional (convivência de instâncias legais diversas em igual hierarquia: jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena camponesa), e, finalmente, com o reconhecimento de direitos coletivos vinculados a bens comuns da natureza. (WOLKMER, 2013, p. 32)

Por sua vez, Grijalva (2008, p. 51), conceitua didaticamente o novo constitucionalismo:

O constitucionalismo plurinacional deve ser um novo tipo de constitucionalismo baseado em relações interculturais igualitárias, que redefinam e reinterpretem os direitos constitucionais e reestremem a institucionalidade proveniente do Estado Nacional. O Estado plurinacional não é e não deve ser reduzido a uma Constituição que inclua um reconhecimento puramente culturalista, à vezes somente formal, por parte de um Estado em realidade instrumentalizado para o domínio de povos de culturas distintas, senão um sistema de foros de liberação intercultural autenticamente democrático.

Esse tipo de constitucionalismo vem exposto nas Constituições da Bolívia (2009) e Equador (2008), a depender do doutrinador entende-se incluída também a Constituição Venezuelana²³.

Há destaque ao Equador que foi o país inaugural dessa filosofia. Ao invés de juristas e especialistas, o povo que determinou a sua carta constitucional. Historicamente este país sofre forte degradação ambiental, principalmente por extrações de riquezas naturais que sequer ficam em seu país, sendo exportadas, gerando a concentração de riquezas nas mãos dos países “colonizadores”.

O tratamento dispensado à *Pachamama*²⁴, com seu reconhecimento de sujeito de direitos e a positivação do *buen vivir*, representam o novo pensar biocêntrico em que se deve orientar o desenvolvimento²⁵.

A aniquilação da cultura e de todos os predicados indígenas foi um ato realizado pelos colonizadores na sua chegada ao território latino-americano, o novo constitucionalismo tenta resgatá-los.

La interculturalidad es el reconocimiento de la realidad: nuestras sociedades son diversas y coloniales. Hay heterogeneidad y en esa diferencia, unos oprimen a otros. Esta es la primera consecuencia del reconocimiento de la interculturalidad. La otra consecuencia es que, una vez reconocidas otras culturas en un mismo espacio territorial, estas tienen que relacionarse de forma horizontal (SANTAMARÍA, 2012, p. 287).

Sob o prisma do novo constitucionalismo não há espaço para doutrinas castradoras, de sobreposição e imposição de culturas e hábitos sobre outras, ambas convivem em harmonia, respeitando o espaço de todos, sendo plural. “La plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de

outro concepto de nación, la nación concebida como pertenencia común a una etnia, cultura o religión” (SANTOS, 2010, p. 81).

Esse pluralismo estende-se para o plano jurídico ao reconhecer a existência de mais de um sistema jurídico no mesmo espaço geopolítico.

Nesse sentido, o constitucionalismo latino-americano que prospera nas terras sul-americanas, carrega em si os atributos de interculturalidade, plurinacionalidade e de pluralismo jurídico. A premissa de que há uma cultura ideal a qual todos os povos devem reverenciar hierarquicamente é uma falácia.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. 22 afirma:

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

Partindo dessa premissa e alicerçado no Constitucionalismo latino-americano, que é um constitucionalismo plural, conclui-se que as demarcações de terras indígenas brasileiras devem ter maior atenção prática, não somente pelo reconhecimento de uma sociedade plural e multicultural, mas também por uma necessidade ecológica sustentável, a qual é administrada pelo *buen vivir*.

O *buen vivir* como prática indígena preexistente

O *buen vivir* ou *vivir bien* é viver em comunhão com a natureza, rompendo o ciclo extrativista exploratório, um modelo de vida em ampla sintonia com a natureza. A natureza não é vista como um objeto a inteiro dispor do homem, mas homem e *Pachamama* se completam uns aos outros partindo de uma visão holística do todo.

Para Mamani (2010, p.49) o conceito do viver bem está relacionado com o equilíbrio e a harmonia com os cosmos, ciclos e todo o tipo de vida existente junto à *Pachamama*. É um agir comunitário, com tratamento fraterno aos demais seres, em que não existem nem excluídos nem explorados e não há maus tratos à natureza (CÉSPEDES, 2010, p. 8).

O *buen vivir*, origina-se da ancestralidade indígena e foi consagrado na Constituição de Montecristi (Constituição do Equador de 2008)²⁶ e tem por característica o abandono da mercantilização da natureza, reconhecendo-a assim, como sujeito de direitos²⁷.

É também utilizada a expressão *sumak kawsay* expressão quechua que designa o viver bem. Já a Constituição Boliviana adota o termo *suma qamaña*, expressão aymara, com o mesmo significado, ou seja, vida plena:

A proposta do bem viver provém de um sujeito histórico, cujos vínculos com a terra e a natureza não estão quebrados, mesmo apesar de todo o sofrimento histórico, do despojo e da destruição da natureza: os índios. O bem viver, para eles, é mais do que viver melhor, ou viver bem: o bem viver é viver em plenitude. De fato, o termo utilizado não é “*alli kawsay*” (*alli* = bem; *Kawsani* = viver), mas sim “*sumak Kawsay*” (*sumak* = plenitude; *kawsani*= viver). (MARTÍNEZ, 2018, sem paginação).

Nas palavras de Dávalos (2018, sem paginação):

Sumak kawsay es la voz de los pueblos kechwas para el buen vivir. El buen vivir es una concepción de la vida alejada de los parámetros más caros de la modernidad y el crecimiento económico: el individualismo, la búsqueda del lucro, la relación costo-beneficio como axiomática social, la utilización de la naturaleza, la relación estratégica entre seres humanos, la mercantilización total de todas las esferas de la vida humana, la violencia inherente al egoísmo del consumidor, etc. El buen vivir expresa una relación diferente entre los seres humanos y con su etorno social y natural. El buen vivir incorpora una dimensión humana, ética y holística al relacionamiento de los seres humanos tanto con su propia historia cuanto con su naturaleza.

É a troca da concepção do “ter” para o “ser”, é gerar uma vida digna com qualidade, respeitando as demais existências da terra, com preocupação que atinge as futuras gerações. Exatamente o que os povos indígenas apreçoam, tanto que em terras por eles ocupadas é onde encontramos a maior sustentabilidade, conforme já referido.

Assim, os argumentos provam que a demarcação das terras indígenas é serôdia. O reconhecimento se impõe, primeiramente (e poderia se falar de forma excludente dos demais), porque as terras já as pertenciam desde o começo, independente de qualquer invasão do homem não indígena, e contra esse fato não cabe nem mesmo a alegação de usucapião, uma vez que ditas terras são bens da União (art. 20, XI) e, portanto, inalienáveis.

Segundo para a própria sobrevivência desse povo, para o resguardo de sua dignidade, a terra é sagrada e indispensável e ao Estado brasileiro cabe proteger a vida (art. 5º, caput).

Terceiro a sabedoria do povo originário, o reconhecimento da sua cultura é a visão do novo constitucionalismo que surge na América Latina, onde o *buen viver* é o viver em harmonia com todos os seres, respeitando a pluralidade de vidas no território compartilhado. Ou seja, uma sociedade em que há interação e não integralização.

Por fim, as terras indígenas são as que mais respeitam a biodiversidade (art. 225, § 1º, II); e possuem menos degradação ambiental, portanto, há uma grande contribuição social para o futuro geracional.

O regime jurídico das terras indígenas sob a égide do novo constitucionalismo latino-americano

A questão da autonomia indígena é um dos fundamentos dos novos ordenamentos territoriais dos Estados Equatoriano e Boliviano, carreados pelos regimes jurídicos estabelecidos, respectivamente, pela *Constitución de la República del Ecuador*, de 2008, e pela *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, de 2009. A estrutura dos regimes vigentes contempla manifestamente as reivindicações dos povos indígenas pela consolidação de direitos sobre seus territórios, a partir de uma cosmovisão completamente distinta, não necessariamente atrelada aos direitos de propriedade, mas à relação ancestral com o território, com a identidade e com os modos de vida dessas comunidades. Nesse sentido, tais Constituições revelam sua insurgência, na medida de uma racionalidade marcadamente descolonizadora.

A constitucionalização desses direitos no ordenamento jurídico de ambos os países assegura a titulação coletiva das terras e territórios tradicionais aos indígenas e, embora a gestão desses espa-

ços seja compartilhada com o Estado, ela deverá ser realizada segundo as normas e procedimentos próprios estabelecidos no instrumento de criação, exceto no que se refere às áreas florestais, onde é assegurada às comunidades autóctones a titularidade de direitos, aproveitamento exclusivo e gestão plenas. A propriedade comunitária ou coletiva dessas áreas não está sujeita à divisão, embargo, reversão ou alienação de qualquer espécie, nem ao pagamento de taxas e impostos. A Constituição Equatoriana veda expressamente a exploração extrativista nessas áreas e define como crime de etnocídio a violação ou restrição de qualquer direito assegurado às comunidades indígenas nos seus respectivos territórios²⁸.

Na Bolívia, além do reconhecimento dos direitos coletivos à terra e ao território, o regime jurídico vigente avança no ideal da autodeterminação das comunidades tradicionais, tornando legalmente possível a conversão de municípios em autonomias indígenas, mediante referendo²⁹. A experiência pioneira do Autogoverno da Autonomia Guarani *Charagua Iyambae*, instituída em janeiro de 2017, é um laboratório riquíssimo para a observação e aprendizado acerca das possibilidades emancipatórias do constitucionalismo insurgente na América Latina.

A amplitude com a qual são reconhecidos os direitos territoriais dos povos indígenas no Equador e na Bolívia é inédita, pois abrange não somente o direito a terra, mas também o direito ao uso, ao aproveitamento exclusivo dos recursos naturais renováveis que se encontram em seus territórios e à possibilidade de gestão autônoma, com normas próprias, criadas por suas estruturas de representação, com respeito às suas formas ancestrais de relação com a natureza e com o espaço, enquanto meios de integração e reprodução social, espiritual e cultural.

É certo que, embora assegurados constitucionalmente, a efetivação de tais direitos ainda é uma preocupação constante em ambos os países. Mas se é necessário admitir as turbulências e dificuldades práticas que assolam tais projetos, é preciso também reconhecê-los como marcos efetivos de uma razão política, jurídica, social e ambiental que desponta em face da velha racionalidade eurocêntrica.

Considerações finais

A partir da revisão bibliográfica e documental percorrida para a análise das questões, observou-se que o fato de as terras indígenas não serem propriedade plena dos índios em nada afasta a sua tutela. Pelo contrário, pois constituindo bens da União, são inalienáveis e, portanto, qualquer invasão ocorrida nestas terras não poderá ser alvo de usucapião.

Demonstrou-se que, muito embora a titularidade encontre-se com a União, o direito de uso a posse permanente pelos índios destas terras são precedentes ao próprio Estado brasileiro. A demarcação é apenas o reconhecimento de situação de fato e de direito preexistente.

As normas positivadas tanto internamente quanto internacionalmente dão respaldo aos direitos indígenas sobre suas terras. Porém, ciente de que a inserção do direito apenas no texto legislativo, ainda que constitucional, é insuficiente, falta o agir do Poder Público em demarcar todas as terras indígenas, quer para garantir-lhes a dignidade e a vida, quer para a promoção de sustentabilidade.

O novo constitucionalismo latino americano é visto, neste contexto, com otimismo, como forma de justificar e acelerar ainda mais as demarcações territoriais em terras indígenas, promovendo o respeito à pluralidade étnica.

Portanto, podemos perceber que há uma mitigação dos direitos indígenas desde os primórdios da colonização em razão de interesses econômicos, romper com a colonização, que ainda perdura, trazendo a filosofia indígena do *buen vivir* é a alternativa para a sobrevivência não somente dos índios, mas da própria *Pachamama*.

Por fim, fica o alerta de que os desafios continuam e somente a partir do novo paradigma constitucional e de uma postura prática efetiva poderá se dar vida ao texto constitucional em defesa das terras indígenas.

Notas

1 Trabalho financiado pelo Projeto FAPERGS Edital 2/2017, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Metamorfose Jurídica, Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA) e Filosofia do Direito e Pensamento Político.

2 Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutoranda em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Mestra em Direito e em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Atualmente é Professora e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado - e na Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica”. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgaro1@hotmail.com.

3 Doutorando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (Bolsista FAPERGS). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Pesquisador vinculado ao Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica”, da Universidade de Caxias do Sul. Advogado. E-mail: coimbradv@gmail.com

4 Doutoranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora Universitária. Tabela e Registradora. E-mail: jaqueslaflor@gmail.com.

5 O Alvará Régio de 1680 juntamente à Lei de 06 de junho de 1755, editada por Marquês de Pombal reconheceram o caráter originário e imprescritível dos direitos dos indígenas sobre suas terras, compondo o que o Direito Brasileiro dos séculos XIX e XX chamou de instituto do indigenato.

6 Civilizado refere-se no sentido de integrado a sociedade brasileira já colonizada e seus costumes.

7 O termo foi utilizado entre aspas, uma vez que a palavra civilização possui conotação de evolução, muito embora o ato de colonizar a cultura indígena não represente de fato uma evolução (Civilização: resultado dos progressos da humanidade em sua evolução social e intelectual) (PRIBERAM, 2019).

8 “O conceito de nação, como unidade cultural homogênea, pensado e transmitido pelos autores clássicos, sempre esteve relacionado ao de Estado. Essa vinculação possui uma carga de abstração que perpassa a análise racional pois, para cada Estado, subtende-se a existência de uma única nação ou sociedade, quando, na realidade, a configuração social dos Estados, plural por excelência, desmente a formulação unitária” (DANTAS, 2017, p. 222).

9 A Fundação Nacional do Índio (FUNAI) é o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro. Criada por meio da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, vinculada ao Ministério da Justiça, é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal. Sua missão institucional é proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil. O Estatuto da Fundação Nacional do Índio foi aprovado pelo Decreto nº 9.010, de 23 março de 2017.

10 Art. 5º - Compete privativamente à União: XIX - legislar sobre: m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional; Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

11 Artigo 154 Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

12 “Art. 5º - Compete à União: XV - legislar sobre: r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional; art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

13 Artigo 186 é assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

14 Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos [sic] que a lei federal determinar, a eles [sic] cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas [sic] as utilidades nelas existentes.

§ 1º 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.

§ 2º 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.

15 Art. 65. O Poder Executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas.

16 A FUNAI iniciou o processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol em 1977 que só foi concluído em 2005 (através da Portaria 534 do Ministro da Justiça e posterior homologação pelo Presidente da República).

17 Ações Cíveis Originárias (ACOs) 362 e 366.

18 Segundo o provimento 70 do CNJ (arts. 1º e 2º), todos os atos registrares de terra indígena com demarcação homologada serão promovidos em nome da União e os procedimentos administrativos de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios em caráter permanente, inclusive o resumo do estudo antropológico eventualmente realizado, deverão ser averbados nas matrículas dos imóveis atingidos, inclusive privados.

19 A partir de 1991, o IBGE incluiu os indígenas no censo demográfico nacional. O contingente de brasileiros que se considerava indígena cresceu 150% na década de 90. O ritmo de crescimento foi quase seis vezes maior que o da população em geral. O percentual de indígenas em relação à população total brasileira saltou de 0,2% em 1991 para 0,4% em 2000, totalizando 734 mil pessoas. Houve um aumento anual de 10,8% da população, a maior taxa de crescimento dentre todas as categorias, quando a média total de crescimento foi de 1,6% (FUNAI, 2018).

20 Os Povos Indígenas estão presentes nas cinco regiões do Brasil, sendo que a maior parte concentra-se na região Norte (305.873 mil, ou seja, 37,4% do total), sendo que o Estado do Amazonas representa 55% do total da região. As regiões Sudeste e a Sul são as com menor número de indígenas, sendo São Paulo no Sudeste e o Rio Grande do Sul no Sul os Estados com maior número de indígenas em suas regiões. (FUNAI, 2018).

21 O Relatório Nosso futuro comum (Comissão Brundtland, 1991, p. 70), afirma que desenvolvimento sustentável deve ser entendido como a promoção da “harmonia entre os seres humanos e entre a humanidade e a natureza”.

22 As terras indígenas representam as áreas mais protegidas ambientalmente (segundo dados PPCDAM - Plano de Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia, 2004-2012), localizadas em todos os biomas brasileiros. Assim, a demarcação de terras indígenas também contribui para que seja garantida a toda população brasileira e mundial um meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do art. 225 da Constituição Federal (FUNAI, 2018).

23 Para Raquel Z. Yrigoyen Fajardo e Antônio Carlos Wolkmer é composto apenas pelas Constituições da Bolívia (2007-2009) e do Equador (2008). Já para o constitucionalista espanhol Rubén Martínez Dalmau, integra também este quadro a Constituição Venezuelana (1999), uma vez que em 1989 o povo venezuelano se rebelou contra a corrupção e em 1999 a Constituição foi votada diretamente pelo povo.

24 Pachamama é uma deusa da fertilidade, cujas origens são encontradas na mitologia Inca. Seu nome, freqüentemente traduzido como “Mãe Terra”, na verdade significa “Mãe de Todos” (mama se refere a uma figura materna sagrada e pacha é um termo complexo que indica conceitos como tempo e espaço, a terra, divino e sagrado), o termo é utilizado na Constituição do Equador: “Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.”

25 Constituição do Equador: Art. 395.- La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales: 1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

26 Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

27 Os art. 71 a 74 da Constituição Equatoriana e art. 33 a 34 da Boliviana consagram a natureza como detentora de personalidade jurídica própria.

28 Cf. art. 57.21, *Constitución Política de la República del Ecuador*.

29 Cf. arts. 291-I e 294, *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*.

Referências

BAINES, Stephen Grant. *O índio e a questão agrária no Brasil atual*. In: História Revista - Revista da Faculdade de História e do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal de Goiás. v. 6, n. 1, 2001. Brasília. Disponível em: www.revistas.ufg.br. Acesso em: 02 jan. 2018

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009*.

BRASIL, Comissão Nacional da Verdade. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*; v. 1). Brasília: CNV, 2014.

CÉSPEDES, David Choquehuanca. *Hacia la reconstrucción del Vivir Bien*. América Latina en movimiento. Quito, 452, año XXXIV, II época, 2010.

CNJ. *Provimento Nº 70 de 12/06/2018*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2019.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DALMAU, Rúben Martínez; VICIANO PASTOR, Roberto. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. In: El nuevo constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional en el nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. *O Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Entre a nação imaginada e o estado plurinacional: o reconhecimento dos direitos indígenas no novo constitucionalismo latino-americano. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

DÁVALOS, Pablo. *Reflexiones sobre el *sumak kawsay* (el buen vivir) y las teorías del desarrollo*. Disponível em: www.red.pucp.edu.pe. Acesso em: 10 dez. 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 17 mai. 2019.

ECUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*, 2008.

FUNAI. *Demarcação De Terras Indígenas*. Disponível em: <http://www.funai.gov.br>. Acesso em: 19 jan. 2018.

GRIJALVA, Agustín. *El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana de 2008*. In: Revista Ecuador Debate, n. 75, 2008.

MAMANI, Fernando Huanacuni. *Buen Vivir/Vivir Bien: filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. 3.ed. Lima: Coordinadora Andina de Organizacoes Indígenas – CAOI, 2010.

MARTÍNEZ, Esperanza. *Pachamama y Sumak Kawsay*. Conferencia en el Simposio Lationamericano Pachamama, Pueblos, Liberación y Sumak Kawsay en Homenaje a Monseñor Leonidas Proaño en el I Centenario de su nacimiento, 2010.

MARTÍNEZ, Esperanza. *Sumak kawsay: nem melhor, nem bem: viver em plenitude*. Entrevista especial com Esperanza Martinez. Revista do Instituto Humanista Unisinos. Disponível em: www.ihu.unisinos.br. Acesso em: 12 dez. 2018.

OLIVEIRA, João Pacheco de. *Redimensionando a questão indígena no Brasil: uma etnografia das terras indígenas*. In: Oliveira, João Pachecob de (org). *Indiginismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998, p. 15-42.

PAULA, José Maria de. *Terras dos Índios* (Boletim n.º 1, Ministério da Agricultura, Serviço de Proteção aos Índios, 1944), pp. 69 e 70.

PRIBERAM dicionário. “civilização”. In: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org>. Acesso em: 12 fev. 2019.

ROCHA, Leandro Mendes. *Da violência declarada à guerra sublimada: as “pacificações” dos índios no Brasil*. In: História Revista - Revista da Faculdade de História e do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal de Goiás. História, cultura e natureza. v. 22, n. 2, 2017). Brasília. Disponível em: www.revistas.ufg.br. Acesso em: 18 jan. 2019.

SANTAMARÍA, Ramiro Avila. *Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?* In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad em Bolivia*. Quito: Abya Yala e Fundación Rosa Luxemburg, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: GTZ e Fundación Ford, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Parecer Polêmica sobre demarcação, soberania e desenvolvimento na fronteira de Roraima*. Disponível em: www.especiais.socioambiental.org. Acesso em: 18 jan. 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina*. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.