

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO II

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

JOSE ANTONIO TIETZMANN E SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito ambiental e socioambientalismo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza

Livia Gaigher Bosio Campello

Jose Antonio Tietzmann E Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-778-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO II

Apresentação

A presente obra é mais um trabalho realizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) que reúne os pesquisadores da área do Direito e organiza os maiores eventos acadêmicos ligados à Ciência Jurídica.

Com efeito, a reunião dos artigos é proveniente do XXVIII ENCONTRO DO CONPEDI, realizado na cidade de Goiânia, nos dias 19 a 21 de junho de 2019, e sediado pela Universidade Federal de Goiás (UFG).

Os professores ora signatários ficaram responsáveis pela Coordenação do Grupo de Trabalho intitulado “Direito Ambiental e Socioambientalismo II” e pela organização desta obra.

Com efeito, no dia 21 de junho de 2019, os dezoito artigos ora selecionados, após avaliação feita por pares, pelo método double blind review, pelo qual cada artigo é avaliado por dois pareceristas especialistas na área com elevada titulação acadêmica, foram apresentados oralmente por seus autores e, como forma de dar publicidade ao conhecimento científico, compõem o presente livro.

Assim, no primeiro artigo, intitulado “O multiculturalismo, o direito a diferença e os povos indígenas no estado socioambiental de direito brasileiro”, de Adriany Barros de Britto, trata da proteção aos povos indígenas pela ordem internacional e nacional, em especial pelo sistema constitucional brasileiro, com a análise a partir do multiculturalismo e do direito a diferença, busca demonstrar as características multiculturalistas formadoras da sociedade brasileira.

No segundo artigo, Jackelline Fraga Pessanha trata do “Meio Ambiente Cultural: preservar para as futuras gerações”, no qual se dedica a examinar a preservação e a proteção do patrimônio cultural à memória, à identidade e à formação de sua essência para o fortalecimento do direito fundamental ao meio ambiente.

Em seguida, Jéssica Lopes Ferreira Bertotti e Maria Claudia da Silva Antunes de Souza apresentam o artigo “OGM’S no BRASIL: sua relação com o princípio da precaução na sociedade da informação”, no qual discutem o uso contínuo e prolongado de alimentos transgênicos e as possíveis consequências danosas à saúde humana e dos animais.

No quarto artigo, a “Realidade Pan-Amazônica Multinível, um diálogo com o mundo”, apresentado por Marcelo Messias Leite e Aflaton Castanheira Maluf, verifica-se as diversas formas de Pagamento por Serviços Ambientais como instrumento de proteção da biodiversidade e identidade cultural dos povos amazônicos, com redução no impacto ambiental, manutenção e equilíbrio na Pan-Amazônia.

No quinto artigo, Thais Barros de Mesquita e Romeu Thomé apresentam o artigo “O fornecimento de energia elétrica em loteamentos irregulares” no qual analisam o fornecimento de energia elétrica em loteamentos irregulares como forma de assegurar a dignidade humana, sob o argumento de que a formação de tais loteamentos não é causa impeditiva ao fornecimento de energia elétrica, tendo em vista se tratar de serviço essencial.

Em seguida, Fábio Henrique Barbalho Gomes e Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab, apresentam o artigo “O Relatório Figueiredo e o eterno retorno: colonização, estado, direito e povos indígenas no Brasil” que revela o ciclo de violências que foi implementado pelos não-índios, desde o início do processo de colonização aos dias atuais, sobre os povos indígenas, utilizando-se de instituições e do direito como ferramentas legitimadoras de suas ações e com graves violações de direitos humanos praticadas contra os povos indígenas e a busca por restabelecer os direitos dos povos originários aos seus usos, costumes, tradições e território tradicionalmente ocupados.

No sétimo artigo, intitulado “Atividade minerária, desenvolvimento sustentável e sociedade de consumo: uma coexistência possível?”, Leandro Queiroz Gonçalves e Pablani Cristina Santos Gontijo Matina buscam verificar a uma suposta compatibilização do conceito de desenvolvimento sustentável aplicado à atividade minerária inserida em uma sociedade de consumo, enfatizando ao final a necessidade de novos parâmetros de consumo e exploração de recursos minerários.

O oitavo artigo “A prescrição da reparação do dano moral coletivo ambiental no Brasil e no Equador”, da lavra de Marcelo Kokke e Daiana Felix de Oliveira, aborda os limites e fundamentos que sustentam a imprescritibilidade da reparação do dano ambiental, destacando não ser possível, diante dos fundamentos desenvolvidos pela jurisprudência brasileira, sustentar a imprescritibilidade do dano moral coletivo por lesões ao meio ambiente.

No nono artigo, Rildo Mourao Ferreira e Linia Dayana Lopes Machado discutem “O Cerrado e a Caatinga como patrimônio nacional brasileiro: proposta de emenda constitucional n. 504, de 2010”, artigo no qual se propõem a estudar a preservação destes biomas e seu tratamento como patrimônio nacional.

O décimo artigo “Etnoturismo como meio de promoção do desenvolvimento sustentável e valorização da cultura dos povos tradicionais da Amazônia Brasileira”, de Marcela Augusto Toppino e Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto, analisa como o etnoturismo social e ambientalmente responsável podem ser meios capazes de promover o desenvolvimento sustentável e a inclusão dos povos tradicionais da Amazônia, sem degradação ambiental e objetivando a promoção de sua autonomia e liberdade para que não dependam exclusivamente de prestações positivas estatais.

Dando continuidade, o décimo primeiro artigo, “Os resíduos sólidos produzidos pelas empresas como instrumentos para o desenvolvimento humano”, de Valério Catarin de Almeida, destaca a Política Nacional de Resíduos Sólidos e a possibilidade do direito ao desenvolvimento pelo lixo.

No décimo segundo artigo, Rubia Mara Barbosa Favali e Vilma de Fátima Machado, discutem “O discurso da função socioambiental da terra sob a ótica do Código Florestal”, enfatizando o estudo da função socioambiental da terra, tendo como referencial o Código Florestal, representado pela Lei nº 12.651/2012.

O tema do décimo terceiro artigo é a “Obsolescência programada dos produtos eletroeletrônicos e meio ambiente: responsabilidade compartilhada pós-consumo”, apresentado por Maria Lucia F. Nascimento, que se propõe a estudar a obsolescência programada dos produtos eletroeletrônicos e as consequências ambientais face o aumento de resíduos sólidos tóxicos.

Em seguida, Eldio Thiago Teixeira Neves e Luciana Costa da Fonseca apresentam o artigo “Desenvolvimento sustentável local e o índice de desenvolvimento humano da cidade de Castanhal/PA”, no qual analisam os índices de desenvolvimento local da Cidade de Castanhal/PA e o conceito de desenvolvimento sustentável, como o escopo de contribuir para aperfeiçoamento das políticas públicas de desenvolvimento local.

Depois, Lara Regina Moraes Evangelista e Viviane Aprigio Prado e Silva apresentam o artigo “Injustiça ou infortúnio: um estudo sobre os desastres de Mariana e Brumadinho”, no qual examinam o risco e as consequências dos desastres ambientais decorrentes do rompimento de

barragens de resíduos de mineração em Minas Gerais, nas regiões de Mariana, no ano de 2015 e Brumadinho em 2019, a partir de conceitos de injustiça social, política e econômica.

No décimo sexto artigo “O ciclo de vida dos produtos e a logística reversa”, Fernanda Prado e Renato Bernardi se dedicam a examinar a crescente produção de resíduos sólidos e seu descarte inadequado, com a consequente degradação ambiental e o sistema de logística reversa e a sua importante função de redução dos impactos negativos gerados pelo homem na natureza.

No penúltimo artigo intitulado, “Hipótese Gaia e a grande corrente da vida: o encontro dos direitos humanos com a biodiversidade global no paradigma da equidade”, Ana Carolina Vieira de Barros e Livia Gaigher Bosio Campello estudam a proteção da biodiversidade global, a ideia de sustentabilidade e sua relação com os valores da equidade, responsabilidade e solidariedade intergeracionais.

No último artigo, Vanileia Santos Sobral de Brito e Franclim Jorge Sobral de Brito tratam das “Mudanças climáticas e o dilema entre o tecnocentrismo e a participação popular na lei 12.187/2009”, trabalho que apresenta um panorama geral sobre as mudanças climáticas, abordando a problemática envolvendo o tecnocentrismo e a consequente ameaça à sociedade civil da subtração do seu potencial para transformação da realidade, apontando como resposta a ampliação da democracia por meio da participação social.

Com a presente apresentação, desejamos a todos uma boa e agradável leitura.

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza - Universidade Nove de Julho

Prof^a. Dr^a. Livia Gaigher B. Campello - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

Prof. Dr. Jose Antonio Tietzmann E Silva -Universidade Federal de Goiás

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O MULTICULTURALISMO, O DIREITO A DIFERENÇA E OS POVOS
INDÍGENAS NO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO BRASILEIRO**
**MULTICULTURALISM, THE RIGHT TO DIFFERENCE INDIGENOUS PEOPLES
IN THE SOCIAL AND ENVIRONMENTAL STATE OF BRAZILIAN LAW.**

Adriany Barros de Britto ¹

Resumo

Este artigo trata da proteção aos povos indígenas pela ordem internacional e nacional, em especial pelo sistema constitucional brasileiro, com a análise a partir do multiculturalismo e do direito a diferença. Para tanto, o estudo perpassa pelo entendimento do termo “povos indígenas”, pela proteção internacional e nacional a eles, bem como pelo reconhecimento constitucional da ligação dos indígenas com o espaço/terra em que vivem. A conclusão foi no sentido de que a proteção aos povos indígenas no sistema constitucional brasileiro é expressão do princípio da igualdade a partir do direito a diferença e das características multiculturalistas formadoras da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Multiculturalismo, Povos indígenas, Terras indígenas, Proteção constitucional, Estado socioambiental

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the protection of indigenous peoples by national and international order, in particular the Brazilian constitutional system, with analysis from the multiculturalism and the difference. This study is by the understanding of the term “indigenous people”, the international and national protection to them, as well as by the constitutional recognition of the indigenous connection with space/land in which they live. The conclusion was that the protection of indigenous people in the Brazilian constitutional system is an expression of the principle of equality from the right to difference and multiculturalism forming characteristics of Brazilian society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Multiculturalism, Indigenous peoples, Indigenous lands, Constitutional protection, Environmental state

¹ Advogada e professora universitária. Graduada pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e Mestre pela Escola Superior Dom Helder Câmara - MG.

1 Introdução

Após anos de omissão e superficialidade da ordem constitucional a respeito do reconhecimento dos direitos indígenas, a Constituição Federal do Brasil de 1988, reconheceu a pluralidade étnica do Brasil e do necessário tratamento diferenciado aos povos indígenas.

Com isso, a política de integração anteriormente adotada pelo Estatuto do Índio (Lei nº 6001/73) foi substituída pela política indigenista de interação, cujo objetivo não é a adaptação do indígena a sociedade não-indígena, mas a conscientização da importância e manutenção dessa cultura para o Estado Brasileiro, com esforços para que os próprios indígenas reconheçam-se como tais e como iguais na formação e transformação da sociedade e do Estado socioambiental.

O objetivo deste estudo é a análise do reconhecimento dos direitos indígenas pela ordem constitucional brasileira, baseado no entendimento do direito a diferença e do multiculturalismo, uma vez que esses se caracterizam como fundamentos da proteção a esses povos.

Para tanto, esclareceu-se, inicialmente, sobre o melhor termo a se utilizar: “índios” ou “indígenas”, e como devem ser reconhecidos no Estado Brasileiro. Tem-se que a diversidade, o multiculturalismo e a auto-identificação são traços definidores dos povos indígenas no cenário brasileiro, o que é reafirmado pelos dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010), cujos registros mostram que 817 mil pessoas se autodeclararam indígenas, além da identificação de 305 etnias e 274 línguas.

Posteriormente, traçou-se o panorama internacional de proteção aos povos indígenas, com destaque para a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que se caracteriza como um marco no rompimento da política integracionista que reduziu a diversidade dos povos indígenas e lhes negava os direitos decorrentes dessa condição. Do mesmo modo, fez-se uma análise da proteção constitucional brasileira a esses povos, nos cenários integracionista e interacionista, com destaque ao previsto nas normas constitucionais a respeito das terras em que habitam.

É sabido que o Estado Socioambiental de Direito busca a tutela do ambiente como um todo integrado, de modo a incluir todos os atores no processo de manutenção e preservação do meio. Os povos indígenas, apesar de sua importância histórica e cultural para o Estado Brasileiro, ainda sofrem com posições e decisões segregacionistas e preconceituosas que os colocam em lugar de “perda”,

“esquecimento” e desconsideração diante da realidade social, a exemplo do que ocorre com os processos de demarcação das terras indígenas, totalmente a mercê de posições políticas.

Diante disso, compreender que a proteção aos povos indígenas a partir do multiculturalismo como característica formadora da sociedade brasileira, é conceder a esses povos, e de maneira mais concreta, o direito a diferença, de modo a retirá-los das margens da sociedade e os colocar na posição de protagonistas na formação e desenvolvimento do estado socioambiental, ao lado dos povos não-indígenas.

2 Quem são os indígenas no Brasil?

Apesar da Bula Papal *Sublimis Deus*¹ de 1537 ter afirmado que os indígenas eram homens e tinham alma, o cientificismo do século XIX questionou fortemente essa humanidade e tinha como uma de suas indagações qual era o lugar desses povos na história da espécie humana (CUNHA, 1992, p.134).

A antropóloga Manuela Carneiro da Cunha afirma que nesse período o homem não-índio era considerado um ser perfeito, e os indígenas, apesar de apresentarem figura humana, não eram capazes da perfectibilidade.

Cite-se, a respeito, o seguinte trecho:

Até por uma questão de orgulho nacional, a humanidade dos índios era afirmada oficialmente, mas privadamente ou para uso interno no país, no entanto, a ideia de bestialidade, era comumente expressa. (...) O célebre naturalista francês Buffon havia defendido a tese de que a natureza nas Américas fenecia sem chegar a seu pleno acabamento: era o continente dos animais miúdos, que não rivalizavam com os portentosos elefantes e rinocerontes africanos. (...) outro foi o grande historiador Varnhagen, que chega a citar por extenso o seguinte discurso do senador Dantas de Barros Leite: “No reino animal, há raças perdidas; parece que a raça índia, por um efeito de sua organização física, não podendo progredir no meio da civilização, está condenada a esse fatal desfecho. Há animais que só podem viver e produzir no meio das trevas; e se os levam para a presença da luz, ou morrem ou desaparecem. Da mesma sorte, entre as diversas raças humanas, o índio parece ter uma organização incompatível com a civilização” (CUNHA, 2002, p.134 -135).

Depois de igualados a animais e considerados como “despossuídos de fé, de lei e de rei”, conforme Perroni-Moisés (2006), os indígenas pouco a pouco tiveram a sua presença, como seres humanos, percebida dentro dos Estados, inclusive no brasileiro.

Inicialmente, importante mencionar a diferença entre “índio” e “indígena”, uma vez que tais denominações são utilizadas, geralmente, de forma equivocada.

¹ Conhecida também como *Veritas Ipsa* ou *Unigenitus*, é considerado o primeiro documento em defesa dos direitos humanos dos ameríndios.

Moura (2006, p.151) esclarece que o termo “índio” contribui para “universalizar o diverso” e falsamente diminuir a diversidade indígena brasileira.

O termo “indígena”, por sua vez, refere-se àquele que “pertence a terra em que vive”, “que foi gerado dentro da terra”. Ser indígena é pertencer a um povo, e estar ciente de que a sua cultura é apenas uma parte da diversidade.

No Brasil, a primeira definição legal referente aos indígenas, embora sem considerar a diferença entre os termos como mencionado acima, foi trazida pelo Estatuto do Índio, lei nº 6001/1973, *in verbis*:

Art.3º Para os efeitos de lei ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I – Índio ou Silvícola – É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional [...]. (BRASIL, 1973).

Sobre o artigo acima, Cunha (1987) menciona que ele traz em seu bojo três critérios para a definição de “índio”, quais sejam: a) o racial²; b) o cultural³; e c) o da identificação.

A autora explica que o critério da auto-identificação é o mais correto antropológicamente, pois engloba os outros dois, na medida em que são consequência e mecanismos dele e não critérios independentes (CUNHA, 1987, p.25). Ou seja, trata-se de critério fundamental que não é único e nem exclui os demais.

Por esse critério entende-se que é a consciência de pertencimento a grupo étnico que determina ser um indivíduo classificado como indígena e, ainda, que apenas a comunidade é capaz de decidir quem é ou não indígena.

Tem-se que a identidade étnica para ser construída e defendida requer, portanto, que os próprios grupos reconheçam as suas particularidades e sintam-se diferentes entre si⁴.

² A origem e ascendência pré-colombiana do indivíduo expressam o critério racial, que se apresenta difícil de ser sustentado, eis que abrange grupos humanos e não gerações, conforme segue: “A distância biológica entre duas pessoas de um mesmo grupo, de uma mesma aldeia – escreve o Prêmio Nobel François Jacob -, é tão grande que torna insignificante a distância entre a média de dois grupos, o que retira qualquer conteúdo ao conceito de raça” (CUNHA, 1987, p.24).

³ Para Cunha (1986, p.115) o critério cultural se mostra insuficiente, eis que os traços culturais pertencentes aos grupos étnicos sofrem transformações ou adaptações conforme o tempo e o espaço.

⁴ Nesse sentido, Oliveira (1995, p.57) afirma: “Outro aspecto positivo é igualmente a diferença, a particularidade, a necessidade do grupo de garantir o seu ‘rosto étnico’. Todavia, para reivindicar diferenças, é o primeiro passo, o mecanismo básico na construção da Identidade” *in* Oliveira, Sônia Grubbs Gonçalves de Oliveira. Bororo: Identity in construction. Campo Grande: UCDB, 1995.

Em relação ao conceito legal, vale dizer que o mais adequado à realidade dos povos indígenas, inclusive porque foi idealizado para aplicação mundial, está presente no artigo 1º da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, ratificada pelo Brasil em 2002 e promulgada pelo Decreto nº 5051 de 19 de abril de 2004.

Mencionada Convenção acrescenta que os povos indígenas são os que:

1. Descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.
2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Ademais, em relação aos termos “populações” e “povos”, vale mencionar a diferenciação feita pela mesma Convenção, em seu preâmbulo:

Esse documento internacional menciona que o primeiro termo, qual seja, populações, restrito e sugere “transitoriedade e contingencialidade”. (OIT, 2011, p.8). Enquanto isso, o segundo “caracteriza segmentos nacionais com identidade e organizações próprias, cosmovisão específica e relação especial com a terra que habitam”. (OIT, 2011, p.8).

Silva (2010, p.130) salienta que esse foi um dos pontos mais debatidos no âmbito do Direito Internacional à época da aprovação da citada Convenção, vez que a expressão “povo” relaciona-se à noção de soberania dos Estados, o que poderia dar aos indígenas autonomia para emancipar-se de seus países.

Contudo, em seu próprio texto no artigo 1º, item 3, a Convenção esclarece a sua finalidade: “A utilização do termo “povos” na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional” (OIT, 2011, p.9).

Com isso, verifica-se que o termo “povos indígenas” é o mais adequado, pois abrange a diversidade da cultura indígena e permite a construção e manutenção das identidades étnicas.

Segundo dados do último censo realizado no Brasil (IBGE, 2010), o total de pessoas que se autodeclararam indígenas equivale a 817 mil. No mesmo censo, foram identificadas 305 etnias e 274 línguas (IBGE, 2010).

De acordo com essa estatística, entre os estados brasileiros o Amazonas se destaca com o maior número de indígenas: 118,7 mil. (IBGE, 2010). O Rio Grande do Norte, por sua vez, mostrou-se o estado com menor número de pessoas autodeclaradas como tais, o que representa um número de 2,5 mil (IBGE, 2010).

Enquanto isso, a região nordeste do Brasil destacou-se como a que concentra a maior população indígena fora da Amazônia Legal⁵.

Portanto, o indígena no Estado brasileiro, deve ser entendido como aquele que possui um histórico de ascendência pré-colombiana, que já habitava o espaço geográfico brasileiro à época da colonização e caracteriza-se por traços culturais e organização social distintos da sociedade não indígena, possui consciência dessa distinção e assim se reconhece.

3 Da proteção jurídica internacional e nacional aos povos indígenas.

Internacionalmente, no contexto de defesa dos direitos humanos, os povos indígenas estão protegidos nos seguintes documentos: a) Pacto de São José da Costa Rica, 1969; b) Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, 2006; c) Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, 1965; d) Convenção nº 169, de 27 de junho de 1989, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre os Povos Indígenas e Tribais e e) Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre direitos dos povos indígenas.

O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, mencionam a proteção aos direitos humanos de modo geral, sem qualquer discriminação, e tem como fundamental a dignidade da pessoa humana.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1965, em seu preâmbulo, assevera que qualquer “doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum” (ONU, 1965).

Em seu artigo 1º explica discriminação racial como:

Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais (ONU, 1965).

A despeito da importância de todos os documentos internacionais mencionados, tem-se que a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho destaca-se como principal documento de proteção aos direitos dos povos indígenas, uma vez que

⁵ Compreende os estados do Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins e parte do Maranhão.

se apresenta como o único instrumento jurídico internacional de caráter vinculante e específico.

Caracterizou-se como substitutivo da Convenção nº 107/OIT, de 26 de junho de 1957, cuja visão foi considerada “obsoleta e sua aplicação inconveniente para o mundo moderno” (OIT, 1989, p.6-7), já que apesar de marco na proteção dos povos indígenas assumiu uma postura “integracionista e paternalista”, conforme se depreende do item 1, art.1º descrito abaixo:

1. A presente Convenção se aplica:
 - a) Aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares por uma legislação especial;
 - b) aos membros das populações tribais ou semitribais de países independentes que sejam consideradas como indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, ou uma região geográfica a que pertença tal país, na época da conquista ou da colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que às instituições peculiares à nação a que pertencem (OIT, 1957).

Com o fim de proporcionar aos povos indígenas uma existência digna com a possibilidade de continuidade cultural, e com a exclusão da política integracionista anteriormente adotada, a Convenção nº 169 estabeleceu padrões mínimos a serem atingidos pelos Estados para a proteção dos direitos dos povos mencionados, a igualdade de tratamento e de oportunidades no pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos ou discriminação e nas mesmas condições garantidas aos demais povos (OIT, 1989).

Em setembro de 2007 foi aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que estava em negociação desde 1985 e foi ratificada pelo Brasil no mesmo ano de sua aprovação.

Mais recentemente, em 2016, foi formulada, pela Organização dos Estados Americanos (OEA), a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas, que reconhece a cultura indígena como essencial na formação constitucional dos Estados Americanos e no desenvolvimento sustentável, justo e equitativo, com a urgente necessidade de promover o respeito e proteção aos direitos intrínsecos desses povos, em consonância com todos os documentos acima mencionados.

No plano interno, o Estatuto do Índio, de 1973, como já mencionado, adotou a política integracionista como parâmetro das relações entre o Estado brasileiro e os

indígenas e, no artigo 1º definiu o seu objetivo de regular 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” (BRASIL, 1973), o que refletiu na classificação dos índios “isolados”, “em vias de integração” e “integrados”, conforme o artigo 4º do Estatuto (BRASIL, 1973).

A respeito da visão do apontado diploma em relação aos indígenas, haja vista que os considerava em “situação transitória”, Araújo (2006) destaca:

Em outras palavras, o objetivo do Estatuto era fazer com que os índios paulatinamente deixassem de ser índios. Tratava-se, portanto, de uma lei cujos destinatários eram “como sujeitos em trânsito”, portadores, por isso mesmo, de direitos temporários, compatíveis com as suas condições e que durariam apenas e enquanto perdurasse essa mesma condição”(ARAÚJO, 2006, p.32).

No que tange a ordem constitucional, historicamente, segundo Ujacow (2005), a Constituição brasileira de 1934 foi a primeira mencionar os direitos indígenas, uma vez que tornou exclusiva da União a política indigenista e integracionista com o fim de incorporar “os silvícolas à comunhão nacional” (BRASIL, 1934) e garantiu a posse de suas terras, com a vedação de alienação, conforme, respectivamente, os artigos 5º, inciso XIX, alínea “m” e 129 (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1969, por sua vez, determinou pertencer à União a propriedade das terras indígenas (artigo 4º, inciso IV). Também dispôs no artigo 198 sobre a inalienabilidade de tais terras, bem como garantiu aos índios a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas naturais ali presentes (BRASIL, 1969), tendo previsto em seus parágrafos 1º e 2º a nulidade e extinção daqueles atos que incidissem sobre a posse das terras indígenas, com a exclusão de qualquer direito a indenização.

Em todas as Constituições acima referidas, percebe-se que o constituinte brasileiro citou os direitos indígenas de maneira esparsa, superficial e preocupada, exclusivamente, com as terras indígenas.

Com as discussões mundiais acerca dos rumos do crescimento econômico, com o surgimento do conceito de “desenvolvimento sustentável”⁶ pós Conferência de Estocolmo (Suécia, 1972), realizou-se, também, um intenso processo de mobilização e

⁶ O termo “desenvolvimento sustentável” foi citado pela primeira vez no Relatório Nosso Futuro Comum, elaborado em 1987, fruto da Conferência de Brundtland, que antecedeu a realização da Conferência da Organização Nações Unidas para Mudanças Climáticas, a chamada “Rio 92”. Foi definido como “aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades”. (Brundtland, 1992).

protagonismo indígenas, o que foi importante para a construção de uma nova constitucionalização dos direitos desses povos, a exemplo da Colômbia, Equador, México e Bolívia, países latino-americanos que possuem histórias de colonização semelhantes a do Brasil.

Nesse rumo, a Constituição Federativa do Brasil de 1988 consagrou um capítulo específico sobre os direitos indígenas (Capítulo VIII - Dos Índios) com adoção do direito à diferença, através da política de interação, o reconhecimento à diversidade cultural e aos direitos originários sobre as terras ocupadas tradicionalmente, o que fomentou o debate sobre a necessidade de revisão do Estatuto do Índio, que foi recepcionado parcialmente pela Constituição Federal de 1988.

Verifica-se, assim, que além do capítulo dedicado aos indígenas (artigos 231 e 232), a Constituição Federal de 1988 os protegeu em diversos aspectos, com o intuito de proporcionar-lhes possibilidades de existência digna e manutenção de sua cultura, uma vez que integrantes do Estado.

4 O direito a diferença e o multiculturalismo como expressão da igualdade dos povos indígenas na Constituição Federal de 1988.

No início da estruturação do Estado Brasileiro, a não diferença pautava o tratamento dispensado a aos povos indígenas era pela inexistência deles (SOUZA, 2008). Exemplos de tal desconsideração são as Constituições Brasileiras de 1824 e 1891, que sequer mencionaram o indígena.

Como anteriormente exposto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou o surgimento de um novo paradigma da política indigenista do país.

Foi a primeira Constituição Brasileira a prever o direito à diferença cultural e à identidade étnica, com a possibilidade efetiva de condições para que os povos indígenas comportem-se como tal e possam assim permanecer, sem qualquer discriminação ou condição.

O paradigma assimilacionista ou integracionista foi substituído pela política da interação, pela qual os povos indígenas possuem o direito de desenvolver e manter suas culturas, tradições, costumes, crenças, enfim, seu modo de viver e ao mesmo tempo participar ativamente das transformações que o mundo apresenta.

Sobre a nova leitura da proteção aos índios Araújo (2006) assevera:

Ao reconhecer aos povos indígenas direitos coletivos e permanentes, a Constituição abriu um novo horizonte para o país como um todo, criando as bases para o estabelecimento de direito de uma sociedade pluriétnica e multicultural, em que povos continuem a existir como povos que são, independente do grau de contato ou de interação que exerçam com os demais setores da sociedade que os envolve (ARAÚJO, 2006, p. 45).

É sabido que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos, disposto no art. 3º, inciso IV, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988), bem como consagra no *caput* do art. 5º o princípio da igualdade.

A exigência da diferença dispensada aos indígenas é maneira de inseri-los no contexto nacional como cidadãos⁷ que fazem parte da formação e transformação do país. Significa tratá-los de forma especial, conforme suas características e circunstâncias, para torná-los iguais.

Ressalta-se, nesse sentido, que a igualdade revela-se na humanidade do homem e não pode ser entendida no sentido individualista, mas deve levar em conta as diferenças entre os grupos (SILVA, 2000).

Na mesma trilha, Silva complementa:

Em essência, como seres humanos, não se vê como deixar de reconhecer igualdade entre os homens. Não fosse assim, não seriam seres da mesma espécie. A igualdade aqui se revela na própria identidade de essência dos membros da espécie. Isso não exclui a possibilidade de inúmeras desigualdades entre eles. Mas são desigualdades fenomênicas: naturais, físicas, morais, políticas, sociais, etc., e “não se aspira [lembra Carmem Lúcia Antunes Rocha] uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino (...)”. (SILVA, 2000, p.216).

A respeito da necessária consideração dos traços específicos que distinguem determinados grupos sociais, Santos (2003, p.458) é bem claro: “(...) as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.

Para a concretização da igualdade no que tange aos povos indígenas, a Constituição de 1988 permitiu, inerente ao direito a diferença, as chamadas discriminações positivas ou ações afirmativas retratadas, por exemplo, no direito à

⁷Conforme Siqueira Jr. (2010, p.243), a cidadania possui dois sentidos: a) restrito e técnico; e b) amplo. Para o autor o sentido restrito refere-se ao exercício dos direitos políticos, enquanto o amplo equivale ao “exercício de outras formas de prerrogativas constitucionais que surgiram como consectário lógico do Estado Democrático e Social de Direito” (2010, p.244). Dessa forma, adota-se no presente estudo o amplo (político) de cidadão ao referir-se aos índios.

posse permanente das terras que ocupam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais existentes em seus territórios e, assim, conforme Villas-Bôas (2011, p.46), “não os iguala, simplesmente, nem tampouco omite direitos que lhe são próprios”.

A diferença no tratamento dispensado aos indígenas visa preservar a identidade desses povos como diferenciados, sem retirar-lhes a oportunidade de participar ativamente das evoluções da sociedade na qual estão inseridos, e conviver de forma harmoniosa com ela.

O direito à diferença apresenta-se como fruto das reivindicações de grupos que, se sentindo excluídos e ameaçados diante de diversos contextos surgidos com a globalização, verificaram a necessidade de proteger a diversidade cultural e preservar a sua identidade (GROFF; PAGEL, 2009).

Surge, portanto, o direito à diferença como reflexo do reconhecimento do multiculturalismo⁸, na medida em que esse se apresenta como um dos desafios à implementação dos direitos humanos na contemporaneidade e meio para a concretização do princípio da igualdade (PIOVESAN, 2010).

Piovesan (2010, p.56-57) ainda menciona que a negação ao reconhecimento da pluralidade de identidades humanas tem o mesmo significado que tratar os indivíduos de forma genérica, geral e abstrata, o que dificulta a proteção às categorias vulneráveis, já que vítimas preferenciais da exclusão.

Ressalta a mencionada autora:

O direito à igualdade, o direito à diferença e o direito ao reconhecimento de identidades integram a essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade humana e da prevenção do sofrimento humano. A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas (PIOVESAN, 2010, p. 59).

Na mesma toada, Groff e Pagel (2009) entendem que o desafio da contemporaneidade é promover a igualdade no reconhecimento da diferença e entender o que ela designa, a fim de evitar o surgimento de grupos oprimidos.

⁸ São diversas as definições de multiculturalismo que, aliás, variam conforme as suas classificações. Neste estudo ele será identificado como movimento que busca assegurar a identidade própria de cada cultura, a fim de proteger a diversidade cultural, bem como amparar e reconhecer os grupos minoritários (Groff e Pagel, 2009, p.11-12). Ou, conforme Boaventura de Souza Santos (2003, p.33), “o termo multiculturalismo generalizou -se como modo de designar diferenças culturais em um contexto transnacional e global”.

Citados autores ainda acrescentam que o multiculturalismo passa a ser o “grande instrumento teórico dos desfavorecidos que buscam ver assegurada a sua dignidade por meio da igualdade de oportunidades e do respeito a sua identidade” (GROFF; PAGEL, 2009, p.16).

Deve-se destacar, por fim, que as culturas dos povos indígenas não são estáticas. Consoante o entendimento de Albuquerque (2008, p.178), as culturas indígenas, como qualquer outra cultura, modificaram-se com o passar dos tempos, atingidas por culturas externas, ou pela evolução das técnicas de subsistência, bem como outras praticamente desapareceram, diante do contato com culturas e práticas não-indígenas.

Ademais, diante dos avanços tecnológicos e científicos, é mister que os povos indígenas tenham acesso a eles e os utilizem, e não será por isso que perderão a sua identidade étnica e suas características como povos originários. Pelo contrário, esse diálogo com o diferente, desde que não menospreze a sua existência, permite aos povos indígenas reafirmarem a sua identidade e cultura.

Insta citar, nesse contexto, o que diz Albuquerque (2008, p.179). Veja-se:

A identidade étnica de um povo resulta de um diálogo constante com o diferente, um “jogo complexo” entre o “eu” e o “outro”, entre o “próprio” e o “alienígena”, entre identidade e alteridade. Exatamente por esse interrelacionamento que cada vez mais se tem afirmado a cultura dos povos indígenas.

Assim, depreende-se que o reconhecimento de identidades e o direito à diferença são garantias de igualdade, e a concretização de tais objetivos leva a uma plataforma justa e solidária, na medida em que permite o acesso a informações, a capacidade de participação e o respeito ao *modo vivendis* dos grupos minoritários, neste caso os povos indígenas que, inclusive, estão inseridos no contexto do Estado Socioambiental de Direito e devem ter o seu espaço mais garantido e respeitado.

5 O reconhecimento do sistema constitucional brasileiro sobre a relação transcendental dos indígenas com suas terras.

O tratamento diferenciado dispensado pelo constituinte de 1988 às terras indígenas é reflexo da relação que esses povos possuem com a terra (*tekoha*⁹), eis que a

⁹ “Tekoha”: de ‘teko’ (= costume, modo de ser) e ‘há’ (=lugar em onde). É uma palavra Guarani que significa não só o território físico no qual uma comunidade indígena vive, mas também as relações sociais e espirituais que ocorrem nesse lugar.

entendem não como um bem individual, mas da comunidade e, diante disso, tudo o que se gera nela pertence a todo o grupo.

Ademais, a relação dos indígenas com a terra paira, também, na sobrevivência cultural e espiritual, já que o espaço territorial é lugar de manifestações sociais, religiosas e sagradas.

A fim de ilustrar a visão dos povos indígenas sobre as terras que ocupam, bem como demonstrar que esse entendimento ultrapassa – e muito – os limites da visão da sociedade não indígena, segue descrição referente ao pensamento do povo Guarani:

O relacionamento do Povo Guarani com a terra tem um caráter profundamente religioso. Terra é para eles espaço sagrado onde se estabelecem tanto as relações com o mundo religioso, mítico, como as relações familiares, comunitárias e se desenvolvem os valores da reciprocidade. (...) Na terra, espaço sagrado e vital, os Guarani cultivam uma grande variedade de plantas medicinais, frutíferas e para o alimento diário. Suas aldeias sempre foram construídas em lugares cobertas de mata e com muitas nascentes de água. Os Guarani denominam esses lugares de *tekoha*, lugar físico – terra, mato, campo, águas, animais, plantas, remédios, etc. – onde se realiza o *teko*, o “modo de ser”, o jeito de viver Guarani. Esse lugar abriga a vida, os rituais, as relações sociais, as ligações recíprocas entre famílias e as atividades produtivas e as relações com o mundo espiritual (CIMI, 2005).

Sobre a conscientização da simbiose existente entre a terra e o homem, segue trecho da carta escrita em 1855 pelo cacique Seathl ao presidente dos Estados Unidos Franklin Pierce, em resposta às propostas do governo americano para compra das terras de sua tribo:

Toda esta terra é sagrada para meu povo. Cada folha reluzente, todas as praias de areia, cada véu de neblina nas florestas escuras, cada clareira e todos os insetos a zumbir são sagrados nas tradições e crenças de meu povo. Sabemos que o homem branco não compreende nosso modo de viver. Para ele, um pedaço da terra é igual ao outro. Porque ele é um estranho que vem da noite e rouba da terra tudo quanto necessita. A terra não é sua irmã; é sua inimiga, e depois de a esgotar, ele vai embora. Deixa para trás a cova de seu pai, sem remorsos. Rouba a terra de seus filhos. Sua ganância empobrece a terra e deixa atrás só desertos. Suas cidades são um tormento para os olhos do homem vermelho. Talvez seja assim por ser o homem vermelho um selvagem que nada compreende... Se eu me decidir a aceitar, Imporei uma condição. O homem branco deve tratar os animais como se fossem irmãos. Sou um selvagem e não compreendo que possa ser de outra forma. Vi milhares de bisões apodrecendo nas padarias abandonados pelo homem branco que os abatia a tiros disparados de trem. Sou um selvagem e não compreendo como um fumegante cavalo de ferro possa ser mais valioso do que um bisão que nós, os índios, matamos apenas para sustentar a nossa própria vida. O que é o homem sem os animais? Se todos os animais acabassem, os homens morreriam de solidão espiritual, porque tudo quanto acontece aos animais pode também afetar os homens. Tudo está relacionado entre si. Tudo quanto fere a terra fere também aos filhos da terra (...) (CASTRO, 2010, p. 719)

Cita-se, ainda, a entrevista realizada por Colman e Brand (2013 – ano do acesso; texto de 2008) com liderança indígena Kaiowá, da Terra Indígena Caarapó em Mato Grosso do Sul:

Quando a gente vai entrar no mato, tem que fazer o *jehovasa* (se benzer), assim falar *pro* dono da mata para não olhar mal pra gente. Então, na época pra derrubar o mato, você tem que chegar ali e fazer assim”, porque se derrubar a árvore sem estabelecer contato com o espírito da mata você fica doente. E segue o depoimento da mesma liderança, afirmando que “nós mesmos somos os do mato, nós somos o mato. Olha, antigamente, nós éramos do mato, fazemos parte, com os bichos, com o meio ambiente, nós somos o meio ambiente, o mato (COLMAN; BRAND, p.156-157).

Verifica-se que a relação dos povos indígenas com a terra é de pertencimento e a sua posse vai além do mero entendimento material ou econômico, bem como que o reconhecimento e preservação das terras indígenas no território brasileiro, é a garantia de manutenção da nossa origem, identidade e história.

O reconhecimento da Constituição Brasileira de 1988 sobre a relação dos índios com suas terras e os direitos originários sobre elas consagraram e consolidaram o instituto do indigenato (SILVA, 2000, p.831).

Trata-se de instituição luso-brasileira pioneiramente mencionada no Alvará Régio de 1º de abril de 1680, ratificado no Brasil pela lei de 6 de junho de 1755, que estabeleceu uma reserva de terras aos índios, senhores primários e naturais delas (BULOS, 2011, p.1609).

A previsão do indigenato nas Constituições brasileiras deu-se com a Carta de 1934 que em seu art.129 previu: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (BRASIL, 1934).

As Constituições posteriores reiteraram tal previsão, conforme denotam os artigos: 154, da Constituição de 1937, 216, da Constituição de 1946 e 186, da Constituição de 1967.

Destaca-se, nesse cenário, o artigo 198 inserido pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que de forma considerável ampliou o alcance da norma na defesa dos direitos dos povos indígenas com a inserção dos conceitos de inalienabilidade, usufruto exclusivo, nulidade e extinção dos efeitos jurídicos sobre atos cujos objetos sejam o domínio, a posse e a ocupação das terras.

A referida norma (art.198, CF/1969) serviu de base para que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelecesse nova fundamentação para os direitos indígenas, conforme mencionado anteriormente.

O termo “originário” constitui direito anterior às ocupações não indígenas e à criação do próprio Estado brasileiro (CARVALHO, 2006, p.87). Trata-se de uma “posse congênita, legítima por si, adquirida pela própria vida, ao passo que a ocupação não-índia depende de ser legitimada, através de títulos adquiridos” (VILLARES, 2009, p.104).

Os povos indígenas são donos primários de suas terras e qualquer posse sobre elas caracteriza modo derivado de aquisição e é totalmente nulo, mesmo que existam títulos dominiais validados pelas autoridades públicas, conforme preceitua o § 6º do artigo 231 da Constituição de 1988.

Salienta-se que a originariedade prevista pelo texto constitucional de 1988, não outorga o direito aos indígenas sobre as terras que ocupam, mas reconhece-o como primário (originário) e, assim, não devem ser tratados como direitos adquiridos sujeitos às regras de posse e propriedade comuns.

A respeito, o STF manifestou-se nos seguintes termos:

12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se sorna 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" (BRASIL, 2011).

Ainda, o parágrafo 1º do artigo 231 da atual Constituição brasileira caracteriza as “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” com base em quatro condições, quais sejam: a) aquelas habitadas por eles em caráter permanente; b) as utilizadas para suas atividades produtivas; c) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar (dos índios); e d) as necessárias para a reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (BRASIL, 1988).

Tem- que o termo “tradicionalmente” não deve ser interpretado de forma temporal ou imemorial, como se a ocupação das terras pelos povos indígenas fosse determinada pela quantidade de anos da habitação. Deve sim ser analisada a partir do *modus vivendi* dessas populações, ou comunidades, considerando o dinamismo na ocupação do território de acordo com as necessidades, bem como a transmissão dos costumes e tradições entre as gerações.

Nesse contexto, deve-se fazer a diferenciação entre ocupação tradicional e posse imemorial, com bem descreve Aurélio Veiga Rios:

Um aspecto de fundamental importância para entender o alcance da proteção constitucional às populações indígenas se refere ao tempo. Assim, se é claro que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam à sua ocupação permanente, isso não significa apenas um pressuposto do passado para caracterizar a posse efetiva no presente. Trata-se, na verdade, de uma herança do passado, fruto de um direito originário e preexistente à ocupação ocidental, para a proteção efetiva do presente, mas que tem por principal objetivo a garantia do futuro, no sentido de que essas terras estão para sempre destinadas a ser hábitat permanente das populações indígenas (RIOS, 2013, p.65-66).

Ademais, o parágrafo 2º, do artigo 231 da Constituição da República (BRASIL, 1988) declara que “as terras ocupadas tradicionalmente pelos índios destinam-se a sua posse permanente”. Com referido termo o constituinte a considera como uma garantia para o futuro e, com isso, “algo insuscetível de alienação e, muito menos, de disponibilidade” (BULOS, 2011, p.1610).

Tourinho Neto (1993) esclarece que o sentido da palavra “permanência” inserida nas Constituições brasileiras de 1934, 1937 e 1946 é diferente do mencionado pelas constituições de 1967, 1969 e 1988, pois as primeiras Constituições referiram-se ao passado, enquanto as últimas ao futuro ou à continuidade, ou seja, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, como sempre o foram, assim continuarão.

Silva, em concordância com a posição acima, acrescenta:

Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat. Se se destinam (destinar significa apontar para o futuro) à posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é o direito originário já mencionado (SILVA, 2011, p.33).

Deve-se considerar, ainda, que a posse permanente dos povos indígenas no território, bem como sua defesa, não estão condicionadas a qualquer lapso temporal e sim à ideia de residência, moradia habitual.

Ademais, do instituto do indigenato, que é fonte primária e congênita da posse territorial, deriva o princípio da irremovibilidade dos indígenas de suas terras, conforme dita o parágrafo 5º do art.231 da Constituição (BRASIL, 1988).

Após todo o analisado acima, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a diversidade dos povos indígenas, a necessidade de preservação dessa cultura, bem como a relação transcendental desses povos com o meio em que vivem,

uma vez que a proteção não se limita somente a aspectos econômicos ou patrimoniais. O espaço onde vivem os povos indígenas é integrante da formação e manutenção de suas culturas e deve ser interpretado como elemento essencial para qualquer discussão ou decisão a respeito da sobrevivência desses povos.

Contudo, mesmo com todo esse reconhecimento constitucional, muito há que ser feito pelo Estado na proteção dos direitos dos povos indígenas. De acordo com o último censo realizado no Brasil (2010), as terras reconhecidas como indígenas somam 505, o que equivale a 12,5% do território brasileiro (IBGE, 2010). Existem 129 processos de demarcação de tais terras em andamento, com a maior concentração deles na área da Amazônia Legal, cujos estados formadores foram anteriormente elencados (IBGE, 2010).

6 Considerações Finais

Diante do apresentado, é possível traçar uma síntese conclusiva de forma a deixar claro os principais argumentos utilizados, assim como as principais reflexões realizadas ao longo do texto:

1. Os indígenas, no Estado brasileiro, são definidos como aqueles que possuem um histórico de ascendência pré-colombiana, já habitavam o espaço geográfico brasileiro à época da colonização e caracterizam-se por traços culturais e organização social distintos da sociedade não indígena.
2. Essa definição se forma a partir, especialmente, de dois critérios que se complementam, quais sejam: o cultural e o da auto-identificação. Os povos indígenas possuem uma forma holística de se relacionar com o meio em que vivem, desde as relações humanas até com os demais seres vivos e não-vivos que os rodeiam, e o auto-reconhecimento e aceitação desse modo de vida é o que os identifica como tais.
3. Com a Constituição Federal de 1988, consoante se verifica em seu artigo 231, declarou-se uma nova forma de “olhar” os indígenas, até então tidos como incapazes, assistidos por uma tutela, bem como tratados como que em “situação temporária” até gradual integração com a sociedade nacional.
4. O texto constitucional de 1988 rompeu, definitivamente, com essa perspectiva assimilacionista, tendo garantido aos indígenas o direito à diferença. E esse tratamento diferenciado é o que lhes garante igualdade diante da estrutura social brasileira.

5. Uma das expressões dessa igualdade está na definição das terras/territórios habitados pelos povos indígenas, que foram definidos pelo sistema constitucional brasileiro a partir de dois termos: “direitos originários” e “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

6. O conceito de referidos termos encontra-se em compreensão além do Direito e percorre conteúdos sociológicos e antropológicos, o que coaduna com o apresentado no início do texto, ou seja, não há como entender a abrangência e concretizar o direito a diferença reconhecido aos povos indígenas pelo Estado, sem o olhar multiculturalista da sociedade brasileira.

7. É esse entendimento que faz da continuidade da cultura indígena essencial para a manutenção da identidade brasileira, especialmente em tempos de intolerância, radicalismos e esquecimento de cultura que não agradam as políticas de esquecimento.

Referências

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

ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; VIDAL JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARRUDA, Rinaldo Sérgio Vieira. Imagens do índio: signos da intolerância. In: GRUPIONI, Luís Donizete Benzi; FISCHMANN, Roseli; VIDAL, Lux (org.). **Povos indígenas e a tolerância**: construindo práticas de respeito e solidariedade. São Paulo: Editora da USP, 2001, p.43-63.

BARBOSA, Marco Aurélio. **Os povos indígenas e as organizações internacionais: instituto do indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas**. Disponível em: <<http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/rt/captureCite/384/292>>. Acesso em: 08 abr 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 08 abr 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388/RR – Roraima, de 19 de março de 2009. Parágrafo 6º do art. 231 da CF. Relator: Min. Carlos Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28terras+ind>

%EDgenas%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bmq6gee)>.
Acesso em 22 de mar 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Joênia Batista de. Terras indígenas: a casa é um asilo inviolável. In: ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a lei dos Brancos**: direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p.85-121.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. **Jornal Porantim**. 2005.

COLMAN, Rosa Sebastiana; BRAND, Antônio Jacó. **Considerações sobre território para os Kaiová e Guarani**. Disponível em <<http://www.tellus.ucdb.br/index.php/tellus/article/view/166/198>>. Acesso em 08 abr 2018.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio** – ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. **Antropologia do Brasil**: mito, história e etnicidade. São Paulo: Brasiliense, 1986.

_____. Política indigenista do Século XIX. In: **Historia dos índios no Brasil**. CUNHA, Manuela Carneiro (org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Forense, 2019.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GROFF, Paulo Vargas; PAGEL, Rogério. **Multiculturalismo**: direitos das minorias na era da globalização. In: Revista da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (Direito), ano X, n 16, jan/jun 2009, p.7-17.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. **Censo 2010**: Características gerais dos indígenas-Resultados do Universo. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_gerais_indigenas/default_caracteristicas_gerais_indigenas.shtm>. Acesso em 08 abr 2019.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf>. Acesso em 08 abr 2019.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Estatuto do Índio**. V. 33. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Coleção educação para todos. Brasília: edições MEC/UNESCO, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154565por.pdf>>. Acesso em: 07 abr 2019.

MARTINS UJACOW, Tatiana. Direito ao pão novo: o princípio da dignidade humana e a efetivação do direito indígena. São Paulo: Pillares, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

MONTONARI JUNIOR, Isaias. **Terra indígena e a Constituição Federal** : pressupostos constitucionais para a caracterização das terras indígenas. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_isaias_montar_i_jr.pdf>. Acesso em: 7 fev 2013.

MOURA, Vilmar Martins. Desafios e perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena. In: ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a lei dos Brancos**: direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 147-166.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Posse indígena na ótica constitucional**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). Tratado de Direito Constitucional. v.2. São Paulo: Saraiva, 2010, p.703-719.

OLIVEIRA, Sônia Grubits Gonçalves de. **Bororo**: identity in construction. Campo Grande: UCDB, 1995.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. 2007. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 06 abr 2019.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 107 sobre a proteção e**

integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107\).pdf](http://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107).pdf)>. Acesso em 08 abr 2019.

_____. **Convenção nº 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/convencao%20169%20portugu%20es_web_292.pdf>. Acesso em 07 abr 2019.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista no período colonial (séculos XVI a XVII). In: CUNHA, Manuela

Carneiro da. **História dos índios no Brasil** . São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.115- 132.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional** : um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. Petrópolis: Vozes, 1993.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. **Terras indígenas no Brasil**: definição, reconhecimento e novas formas de aquisição. Disponível em: < [http:// laced.etc.br/old/arquivos/06-Alem-da-tutela.pdf](http://laced.etc.br/old/arquivos/06-Alem-da-tutela.pdf)>. Acesso em: 7 abr 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural de direitos humanos. In: **Contexto Internacional**. Rio de Janeiro. vol 23, jan/jul 2001, p.7-34.

_____. **Reconhecer para Libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana. **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p.45-50.

SILVA, Larissa Tefen. **Multiculturalismo, diversidade e direito**. Revista Eletrônica Diritto it, s/d. Disponível em: <<http://www.diritto.it/pdf/26925.pdf>>. Acesso em: 08 abr 2019.