



História (São Paulo)

ISSN: 0101-9074

revistahistoria@unesp.br

Universidade Estadual Paulista Júlio de  
Mesquita Filho  
Brasil

Vieira CAVALCANTE, Thiago Leandro  
"TERRA INDÍGENA": aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito  
jurídico  
História (São Paulo), vol. 35, 2016, pp. 1-22  
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho  
São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=221049589014>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal

Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

# “TERRA INDÍGENA”:

aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico

*“Indigenous Land”: historical aspects of construction and application of a legal concept*

Thiago Leandro Vieira  
**CAVALCANTE**

Universidade Federal da  
Grande Dourados (UFGD)  
[thiagocavalcante@ufgd.edu.br](mailto:thiagocavalcante@ufgd.edu.br)

## RESUMO

A partir da análise de diversas Constituições Federais brasileiras do período republicano, bem como do Estatuto do Índio, o artigo discute histórica e antropológicamente o conceito jurídico de terra indígena, bem como sua aplicabilidade e dificuldades geradas de sua não compreensão. O trabalho também analisa as repercussões sobre a demarcação de terras indígenas no Brasil após o julgamento da Petição nº 3.388 RR pelo STF, o qual quebra a tradição jurídica brasileira abandonando a teoria do indigenato em favor da teoria do fato indígena. Como consequência há a adoção do marco temporal para a determinação das terras de ocupação tradicional indígena. O texto perpassa ainda por questões de ordem política e administrativa que viabilizam ou inviabilizam a efetivação dos direitos territoriais indígenas no Brasil.

**Palavras-chave:** Terra indígena; Teoria do indigenato; Teoria do fato indígena.

## ABSTRACT

From the analysis of several Brazilian Constitutions of the Republican period, and the Indian Statute, the article discusses the anthropological and the historical legal concept of indigenous land, as well as their applicability and difficulties caused by misunderstood. The paper also analyzes the effects on the indigenous lands demarcation in Brazil after the trial of Petition number 3388 RR by Supreme Court of Brazil, which breaks the Brazilian legal tradition abandoning indigenato theory for the theory of indigenous fact. As a result there is the adoption of the time frame for the determination of traditional indigenous occupation of the land. The text also look after the political and administrative questions that makes possible and impossible the realization of indigenous land rights in Brazil.

**Keywords:** Indigenous land; Theory of indigenato; Theory of indigenous fact.

**N**as últimas décadas a sociedade brasileira tem debatido calorosamente o tema da demarcação de "terras indígenas". De um lado estão aqueles que se posicionam terminantemente contra este ato por julgarem que ele representa um atentado ao direito de propriedade, além de atrapalhar a implantação dos ideais liberais e desenvolvimentistas. Do outro lado estão os povos indígenas e seus apoiadores, que exigem a efetivação dos direitos territoriais indígenas que lhes foram reconhecidos pelo artigo 231 da Constituição Federal brasileira de 1988.

Apesar desse debate apaixonado, "terra indígena" – enquanto conceito jurídico – é um ilustre desconhecido para a maioria da população brasileira, mas está carregado de significados históricos. Frequentemente é utilizado de forma equivocada, dificultando ainda mais o avanço no sentido de uma solução para os conflitos gerados em torno dos processos de reconhecimento e demarcação de terras. O conceito vem sendo utilizado de maneira indiscriminada e sem a devida compreensão até mesmo por alguns indigenistas, profissionais e militantes que lidam cotidianamente com a questão. Devido a essa dificuldade, termos como "aldeia", "terra indígena", "reserva indígena" e "área indígena" são empregados com imprecisão e sem qualquer diferenciação.

O artigo tem como principal objetivo apresentar reflexões sobre a construção e a aplicação do conceito de "terra indígena", bem como sobre algumas tentativas de desconstrução às quais o conceito/direito jurídico vem sendo submetido. A reconstrução histórica do conceito *prima* pela perspectiva dos direitos territoriais indígenas nas Constituições brasileiras. Por isso, o foco está no período republicano brasileiro.

Ao longo do texto, algumas situações e/ou dificuldades práticas são cotejadas com exemplos oriundos principalmente de casos vivenciados pelos povos Kaiowá e Guaraní no estado de Mato Grosso do Sul. Juntos, esses dois povos somam aproximadamente 60.000 indígenas que vivem em várias pequenas terras indígenas no sul de Mato Grosso do Sul, reunindo apenas algo em torno de 30.400 hectares. Tal população apresenta números alarmantes de assassinatos e suicídios, além de indicadores sociais muito preocupantes (DHESCA, 2014).

### **"Terra Indígena": histórico e aplicações de um conceito jurídico**

"Terra indígena", em princípio, é um conceito jurídico brasileiro que tem sua origem na definição de direitos territoriais indígenas. Tais direitos foram reconhecidos ao longo da história pelo Estado brasileiro por meio de diversos dispositivos legais (CARNEIRO DA CUNHA, 1987; CARNEIRO DA CUNHA, 1993).

Atualmente, os direitos territoriais indígenas estão reconhecidos no artigo 231 da Constituição Federal de 1988. No entanto, essa não foi a primeira Carta Magna em que o tema foi apresentado. No Brasil independente, desde a Constituição Federal de 1934, todas as que a seguiram trataram do tema, assegurando direitos aos indígenas, até mesmo aque-

las impostas em períodos ditatoriais.

Constituição Federal de 1934:

Art. 129 – Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las (BRASIL, 1934).

Constituição Federal de 1937:

Art. 154 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las (BRASIL, 1937).

Constituição Federal de 1946:

Art. 216 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem (BRASIL, 1946).

Constituição Federal de 1967:

Art. 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 (BRASIL, 1967).

Emenda Constitucional número 1/1969

Art. 198 – As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos em que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas e de todas as utilidades nelas existentes (BRASIL, 1969).

No Brasil, a proteção aos direitos territoriais indígenas é anterior até mesmo à independência. Já no século XVII, por meio do Alvará Régio de 1º de abril de 1680, a coroa portuguesa garantia aos indígenas alguns direitos com relação às terras que ocupavam.

No nível constitucional, desde 1934, já no período republicano, os direitos territoriais indígenas foram mencionados e de alguma forma assegurados. Entretanto, nenhuma menção anterior é comparável à da Carta de 1988, sobre a qual abordarei a seguir. Ainda assim, havia garantias constitucionais aos direitos territoriais indígenas, as quais foram ignoradas de forma contumaz pelas autoridades locais e federais em muitas regiões do país, como a Sul, a Sudeste e no atual estado de Mato Grosso do Sul, por exemplo.

As Constituições de 1934, 1937 e 1946 garantiam aos indígenas apenas a posse das terras em que se encontravam permanentemente localizados. Portanto, a ênfase estava na habitação permanente; não se pensava em outras áreas necessárias para a sobrevivência e para a reprodução física e cultural dos povos indígenas. Além disso, não havia nenhuma previsão de inalienabilidade das terras, o que na prática permitia diversas manobras para titular tais áreas em favor de terceiros (CARNEIRO DA CUNHA, 1998).

Já a Constituição de 1967, somada à Emenda número 1 de 1969, além da posse, garantiu o usufruto exclusivo das riquezas e a inalienabilidade das terras, dando algumas bases

para a construção do conceito jurídico de "terra indígena". De fato, essa noção entrou no ordenamento jurídico nacional por meio da Lei 6.001 de 1973, o Estatuto do Índio, que regulamentou a matéria territorial indígena, conforme previsto na Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Foi no Estatuto do Índio que o conceito "terra indígena" apareceu pela primeira vez nas leis nacionais.

Apesar disso, o Estado brasileiro como um todo, quase sempre incluindo o Serviço de Proteção ao Índio (SPI, 1910-1967), reconheceu como sendo terras ocupadas por indígenas somente aquelas já demarcadas pelo aparato estatal, quais sejam: as chamadas reservas indígenas. Os artigos constitucionais supracitados foram deliberadamente ignorados. Isso se deu, por exemplo, em incontáveis situações de esbulho vivenciadas pelos Kaiowá e Guarani entre a segunda metade do século XIX e os dias atuais (CAVALCANTE, 2013, p. 158-239).

Segundo o artigo 17 da Lei nº 6.001/1973, há três tipos de "terras indígenas": 1- As terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição (de 1969); 2- As áreas reservadas, de que trata o Capítulo III deste Título (Lei 6.001/1973); 3- As terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

No primeiro caso, a lei trata das áreas tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, independentemente da ação demarcatória ou mesmo do reconhecimento prévio pelo Estado. No segundo caso, estão em questão aquelas áreas denominadas como "reservas indígenas", criadas e demarcadas pelo Estado para a posse e a ocupação dos índios, independente de qualquer ocupação prévia da área. Principalmente após a ascensão da Constituição Federal de 1988, a criação de reservas indígenas é utilizada excepcionalmente apenas para a destinação de terras a grupos que não possuem mais áreas de ocupação tradicional possíveis de serem demarcadas, como, por exemplo, nos casos de grupos que tiveram suas terras alagadas por grandes barragens de usinas hidroelétricas. Já o terceiro caso se refere às terras dominiais pertencentes aos indígenas, ou seja, aquelas em relação às quais os grupos indígenas detêm propriedade, o que é pouco comum. Tanto no caso das terras de ocupação tradicional, quanto no caso das reservas indígenas, a propriedade é da União (BRASIL, 1988, Art. 20), sendo garantido aos povos indígenas o usufruto exclusivo e a inalienabilidade.

O artigo 19 da Lei 6.001/1973 instituiu a figura da demarcação administrativa das terras indígenas. Segundo tal dispositivo,

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

§1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

§2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo

não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitória ou à demarcatória (BRASIL, 1973).

O artigo 65 da mesma lei estabeleceu o prazo de cinco anos para que o Poder Executivo Federal realizasse a demarcação das terras indígenas ainda não regularizadas. O prazo não foi cumprido em todo o país, sendo que apenas na Amazônia Legal os números são pouco mais positivos. Em Mato Grosso do Sul, por exemplo, de modo geral, sequer se reconheciam como legítimas as reivindicações indígenas durante as décadas de 1970 e 1980. Dados oficiais da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), no início dos anos 1980, consideravam que Mato Grosso do Sul era uma das chamadas áreas culturais com maior índice de terras indígenas já demarcadas. Segundo esses dados, faltavam apenas quatro terras indígenas a serem demarcadas (OLIVEIRA FILHO, 1998, p. 15-42). Isso demonstra que a questão fundiária era dada como resolvida e/ou as demandas existentes eram consideradas ilegítimas, posições que contribuíram de forma muito significativa para o caos fundiário atualmente vivido pelos Kaiowá e Guarani, por exemplo.

Além de reconhecer aos índios o direito à diferença, o que rompeu – na letra da lei – com a tradição assimilacionista do indigenismo brasileiro, o texto da Constituição Federal de 1988 trouxe algumas mudanças muito importantes no que diz respeito aos direitos territoriais indígenas. A principal delas foi o reconhecimento da “originalidade” do direito dos índios às terras de ocupação tradicional, o que ampliou a compreensão do que vinha a ser “terra indígena”.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os *direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.*

§1º - *São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.*

§2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (BRASIL, 1988, grifos meus).

Ao tratar de terras de ocupação tradicional necessárias à reprodução física e cultural dos povos indígenas, ampliou-se a compreensão, antes limitada às terras habitadas (no sentido de local de moradia) pelos indígenas, para todas aquelas que sejam de importantes e necessárias para a reprodução física, cultural e social desses povos. Desta maneira, ao se realizar a identificação e a delimitação de uma terra indígena, o grupo técnico não se limita

a levantar os espaços necessários para a habitação e reprodução econômica de um povo, mas também inclui aqueles locais de relevância para a sua cultura, religião e organização social.

O reconhecimento da "originalidade" dos direitos territoriais indígenas funda-se na chamada tese do "indigenato", o que significa dizer que se trata de direito "congenito", anterior a todos os outros reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, até porque é anterior ao próprio ordenamento.

De acordo com João Mendes Júnior,

[...] o *indigenato* é um título *congenito*, ao passo que a *ocupação* é um título *adquirido*. Comquanto o *indigenato* não seja a *única* verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. de 1º de Abril de 1680, << a primaria, naturalmente e virtualmente reservada >>, ou, na phrase de Aristoteles (Polit. 1, n. 8), – <<um *estado* em que se acha a partir do momento do seu nascimento>>. Por conseguinte, o *indigenato* não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a *ocupação*, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem.

[...]  
Só estão sujeitas a legitimação as posses que se acham em poder do occupante (art. 3º da Lei de 18 de Setembro de 1850); ora, a *ocupação*, como título de aquisição, só pôde ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A *ocupação* é uma *apprehensio rei nullius* ou *rei derelictæ* (confiram-se os civilistas com referencia ao Dig., til. *De acq. rerum domin.*, L. 3, e tit. *de acq. vel. amitt. poss.*, L. 1); ora, as terras de indios, *congenitamente* apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictæ*; por outra, não se concebe que os indios tivessem *adquirido*, por *simples ocupação*, aquilo que lhes é *congenito e primario*, de sorte que, relativamente aos indios estabelecidos, não ha uma simples posse, ha um título *immediato* de domínio; não ha, portanto, posse a legitimar, ha domínio a reconhecer e direito originario e preliminarmente reservado (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 58-59, grifos do autor).

Conforme Manuela Carneiro da Cunha,

[...] na própria Lei de Terras de 1850, como magistralmente demonstra João Mendes Jr. (1912), fica claro que as terras dos índios não podem ser devolutas. O título dos índios sobre suas terras é um título originário, que decorre do simples fato de serem índios: esse título do *indigenato*, o mais fundamental de todos, não exige legitimação. As terras dos índios, contrariamente a todas as outras, não necessitaram portanto, ao ser promulgada a Lei de Terras, de nenhuma legitimação (Mendes Jr., 1912, *passim*) (CARNEIRO DA CUNHA, 1998, p. 141-142).

Diante disso, a demarcação de terras indígenas é tida tão somente como um ato declaratório do Poder Executivo Federal. Por isso, salvo em casos de criação de reservas indígenas, não há que se falar em "criação de terras indígenas", mas tão somente de seu reconhecimento por parte da União Federal. As terras indígenas, deste modo, são entendidas

como tais, sendo a demarcação apenas um ato de reconhecimento do Estado. Apesar disso, tal ato assume enorme importância, pois, sem ele, os povos indígenas dificilmente conseguem ter posse plena de suas terras; mesmo quando detêm a posse precária, enfrentam inúmeras dificuldades para a instalação de aparelhos destinados à prestação de serviços públicos. Isso ocorre porque, de maneira injustificada, muitas entidades governamentais se negam a construir obras públicas ou a prestar serviços em áreas não homologadas como terras indígenas. Em suma, os indígenas ficam sem a proteção do Estado.

O artigo 67 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 novamente estabeleceu o prazo de cinco anos para que a União Federal concluísse a demarcação das terras indígenas. Esses cinco anos não foram cumpridos, tanto é que na atualidade há mais de 450 reivindicações registradas na Coordenação Geral de Identificação e Delimitação (CGID) da FUNAI aguardando por providências. Há um atraso de mais de duas décadas em relação ao previsto no texto constitucional.

O processo de demarcação de terras indígenas (contemplando toda a sua regularização fundiária) previsto no citado artigo 19 da Lei 6.001 de 1973 foi regulamentado ao longo do tempo por diversos decretos<sup>1</sup> que interferiram nas formas de definição das áreas a serem demarcadas (SOUZA LIMA, 1998, p. 171-222; SOUZA LIMA, 2005, p. 29-118).

Na vigência do Decreto nº 94.945/1987, por exemplo, havia um Grupo de Trabalho Interministerial, que popularmente foi conhecido como grupão. Ele era composto por dois representantes do Ministério do Interior, por um representante do Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário, por um representante da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional, por um representante do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, por um representante do órgão fundiário estadual e por um representante da FUNAI. Esse grupo analisava a área proposta pelos técnicos da FUNAI, emitia um parecer conclusivo que era então submetido aos ministros das pastas citadas e, nos casos em que a área estava na faixa de fronteira, ao Secretário-Geral do Conselho de Segurança Nacional. Após a aprovação das autoridades citadas, baixava-se uma portaria interministerial determinando a demarcação da área.

O parágrafo 3º do artigo 3º do Decreto nº 94.945/1987 estabelece a seguinte prerrogativa para o Grupo: “Em função do exame procedido e levando em consideração o interesse público, os interesses indígenas, os problemas sociais e outros, o Grupo de Trabalho Interministerial poderá sugerir o reestudo da área proposta”. Na prática, o trabalho do “grupão” era essencialmente político, deixando os estudos técnicos em segundo plano.

Atualmente, a demarcação de terras indígenas é regida pelo que está previsto no artigo 231 da Constituição Federal de 1988 e pela Lei 6.001 de 1973, que, embora anterior à Constituição, segue vigente<sup>2</sup> naquilo que não a contraria e é regulamentada pelo Decreto 1.775/1996.

Segundo o referido Decreto, a iniciativa para a demarcação de terras indígenas é do



órgão federal de assistência ao índio, no caso a FUNAI. Esta deve seguir as etapas previstas no Decreto, a saber:

1ª etapa: Identificação e Delimitação – da qual resulta um Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID), resultado do trabalho de um grupo técnico coordenado por um antropólogo de competência reconhecida e elaborado conforme a regulamentação da Portaria nº 14, de 9 de janeiro de 1996 do Ministério da Justiça. Aprovado pelo presidente da FUNAI, o RCID tem seu resumo publicado no *Diário Oficial da União* e no *Diário Oficial* do estado onde a terra indígena está localizada. Essa publicação é a primeira etapa do processo de reconhecimento pelo Estado brasileiro de que determinada área é uma terra indígena. Após a análise das contestações administrativas, que podem ser apresentadas desde a constituição do grupo técnico até noventa dias após a publicação do resumo no *Diário Oficial*, encerra-se a primeira fase do processo de regularização fundiária.

2ª etapa: Declaração – cabe ao Ministro da Justiça julgar o processo administrativo, podendo: a) declarar, mediante portaria ministerial, os limites da terra indígena e determinar a sua demarcação física, b) solicitar diligências, ou c) desaprovar a identificação mediante decisão fundamentada.

3ª etapa: Demarcação física – após a publicação da portaria declaratória que reconhece a terra como de ocupação tradicional indígena e determina os seus limites, cabe à FUNAI providenciar a sua demarcação física.

4ª etapa: Homologação – após a demarcação física da terra indígena, cabe ao Presidente da República homologá-la mediante a edição de um decreto presidencial.

5ª etapa: Registro – após a homologação, a FUNAI deve registrar a terra indígena como propriedade da União no cartório de registro de imóveis local e na Secretaria de Patrimônio da União (SPU).

Embora o Decreto nº 1.775/1996 estabeleça prazo de alguns meses para a conclusão do processo de demarcação, trata-se de um procedimento longo e burocrático que em geral leva alguns anos e costuma ser ainda mais prolongado devido a várias intervenções judiciais, que são cada vez mais frequentes e em sua maioria protelatórias. Cabe ainda ressaltar que, mesmo após a conclusão dos processos administrativos, nem sempre os indígenas conseguem ter a posse plena das áreas. Isso ocorre ou pela demora da parte da FUNAI em realizar a desintrusão da área – o que implica na realização de avaliação e indenização por benfeitorias – ou ainda por força de decisões liminares do Poder Judiciário, que suspendem por períodos indeterminados os efeitos dos atos administrativos. Esta situação cria muitos casos de “terras de papel”: áreas reconhecidas pelo Poder Executivo que ainda permanecem anos a fio nas mãos de terceiros enquanto os índios continuam a amargar prejuízos de toda ordem (CAVALCANTE, 2013, p. 104-105).

Um exemplo paradigmático de “terra de papel” é o caso da Terra Indígena Nãnde Ru Marangatu.

[...] com 9.317 ha, localizada no município de Antônio João-MS, foi homologada por Decreto Presidencial no dia 28 de março de 2005. No entanto, a eficácia do ato presidencial foi suspensa pelo Mandado de Segurança nº 25463 concedido pelo Supremo Tribunal Federal – STF em 22 de julho de 2005. A decisão se baseou no argumento de que outras ações que tramitam em primeira instância questionam o processo administrativo conduzido pela FUNAI. Oito anos depois, a ação de primeira instância permanece sem definição, assim como a decisão liminar de suspensão da homologação da área ainda não foi julgada pelo plenário do STF. Diante do impasse, os indígenas que lutam pela demarcação desta terra desde os anos 1980 continuam ocupando aproximadamente apenas 112 hectares dos 9.317 a que, segundo os estudos aprovados pelo Poder Executivo Federal, têm direito.

A morosidade do julgamento destas ações impede o avanço da regularização fundiária do local e enquanto os possuidores dos títulos de propriedade permanecem explorando economicamente a área, os indígenas são os únicos penalizados, pois continuam vivendo em situação até pior do que a observada nas reservas indígenas no que diz respeito à relação hectares por família, que em Nande Ru Marangatu é de apenas 0,55 (CAVALCANTE, 2013, p. 97-98).

Já passados dez anos da homologação dessa terra indígena, a situação permanece inalterada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A área, embora já computada nos tão falados 12% do território nacional destinados às terras indígenas, segue sendo apenas “terra de papel”. Após tantos anos sem avanços, em agosto de 2015, os indígenas resolveram realizar uma “retomada” de suas terras de ocupação tradicional. Tal atitude se deu devido à injustificável inércia estatal, mas foi reprimida por ruralistas da região.

No ataque ocorrido no dia 29 de setembro de 2015, o indígena Semião Fernandes Vilhalva, de 24 anos, foi morto vítima de disparo de arma de fogo (PAVÃO, 2015). Segundo matéria publicada pelo *site Campo Grande News*, desde 1983, doze lideranças indígenas foram assassinadas em Mato Grosso do Sul em situações de conflitos fundiários. O número não considera outras centenas de vítimas que padeceram em episódios de atropelamentos, suicídios, desnutrição e violência intragrupal, casos que em sua maioria tem relação com a exiguidade de terras disponíveis para essa população (MALDONADO, 2015).

### **“Aldeia”: outra categoria territorial**

Frequentemente as terras indígenas são designadas como “aldeias”, tanto por indígenas quanto por não indígenas. Levi Marques Pereira e Jorge Eremites de Oliveira (2009) esclareceram que o termo “aldeia” originalmente era utilizado para designar pequenos vilarejos e/ou distritos rurais, especialmente na Europa. No Brasil, em decorrência da situação colonialista de contato entre o Estado e os povos indígenas, o termo passou a ser utilizado para designar locais de maior concentração de indígenas, sendo que prevaleceu a ideia de que tais famílias vivem em forma de vilarejo sob a liderança de um cacique. Tal modelo, no entanto, não é válido para todos os povos indígenas; seu uso generalizado pode gerar

problemas interpretativos.

No passado colonial, os aldeamentos indígenas foram espaços delimitados pelo Estado e administrados por este ou por ordens religiosas, como a jesuítica e a franciscana, no intuito de reunir os indígenas para atividades civilizatórias, reserva de mão de obra e para a liberação de terras para a colonização. Portanto, a existência de tais espaços deu ao termo "aldeia" uma forte carga colonialista. Nas representações não-indígenas ainda é frequente a ideia de que lugar de índio é na aldeia, ou seja, a aldeia é vista não como um direito, mas como um espaço de apartação da sociedade nacional.

No âmbito da FUNAI, embora não haja nenhuma orientação expressa, a noção de "aldeia" é utilizada para denominar os vários assentamentos<sup>3</sup> existentes em uma determinada terra indígena. Normalmente, tais assentamentos também correspondem a uma unidade sociopolítica local ou a uma família extensa. Logo, talvez por falta de termo mais adequado, ele continua sendo utilizado no dia a dia do órgão indigenista.

É importante que se tenha em mente que "aldeia" e "terra indígena" não são conceitos equivalentes e que uma terra indígena pode comportar vários assentamentos ou núcleos sociopolíticos ("aldeias") de um ou mais povos indígenas, como é comum ocorrer em terras indígenas de maior extensão na região amazônica.

## **A ocupação tradicional indígena: análise histórica da aplicação de um conceito**

Em relação à aplicação do conceito de "terra indígena", é preciso ressaltar que o trabalho do Grupo Técnico (GT) responsável pela identificação e delimitação de uma determinada área constitui-se fundamentalmente em comprovar a tradicionalidade da ocupação indígena, o que impõe certo esforço teórico, visto que, embora haja uma definição no texto constitucional, a tradicionalidade não é um conceito autoexplicativo.

Segundo o parágrafo 1º do artigo 231 da Constituição Federal de 1988,

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 1988).

Nota-se que a definição apresentada pelo texto constitucional define a ocupação tradicional a partir dos modos de ocupação e não pelo tempo de ocupação indígena em uma determinada área. Logo, se impõe a conclusão de que ocupação tradicional não pode ser confundida com ocupação imemorial (GONÇALVES, 1994, p. 79-87).

Segundo o historiador Eric Hobsbawm, a noção de "tradição", mesmo que não seja de fato antiga, sempre é associada a um passado imemorial. Os estudos apresentados na coletânea organizada pelo autor se referem especialmente às chamadas tradições inventadas, definidas como

[...] um conjunto de práticas, normalmente reguladas por regras tácita ou abertamente aceitas; tais práticas, de natureza ritual ou simbólica, visam inculcar certos valores e normas de comportamento através da repetição, o que implica, automaticamente, uma continuidade com um passado histórico apropriado [...] (HOBSBAWM, 2008, p. 9).

No entanto, ressalva o autor que

A “tradição” neste sentido deve ser nitidamente diferenciada do “costume”, vigente nas sociedades ditas “tradicionais”. O objetivo e a característica das “tradições”, inclusive das inventadas, é a invariabilidade. O passado real ou forjado a que elas se referem impõe práticas fixas (normalmente formalizadas), tais como a repetição. O “costume”, nas sociedades tradicionais, tem a dupla função de motor e volante. Não impede as inovações e pode mudar até certo ponto, embora evidentemente seja tolhido pela exigência de que deve parecer compatível ou idêntico ao precedente. Sua função é dar a qualquer mudança desejada (ou resistência à inovação) a sanção do precedente, continuidade histórica e direitos naturais conforme o expresso na história. [...] O “costume” não pode se dar ao luxo de ser invariável, porque a vida não é assim nem mesmo nas sociedades tradicionais. O direito comum ou consuetudinário ainda exibe esta combinação de flexibilidade implícita e comprometimento formal com o passado [...] (HOBSBAWM, 2008, p. 10).

Conclui-se então que as tradições indígenas, e por consequência as formas de ocupação tradicional indígena, que Hobsbawm chamou de “costumes”, possuem historicidade. Sendo assim, não se pode esperar que a atual ocupação indígena de um determinado espaço territorial seja tal qual ocorria no passado, nem tampouco que ela necessariamente tenha continuidade histórica imemorial. Em decorrência disso, a pesquisa destinada à comprovação da tradicionalidade de uma ocupação indígena deve se fixar nos quatro elementos constantes na definição do texto constitucional supracitado, ou seja, não pode se limitar à busca de características que a identifique com o passado mais remoto de um determinado grupo indígena. Espera-se que se atente para as atuais formas de ocupação espacial, que em muitos casos podem reunir elementos identificados como modernos e/ou ocidentais. Deve-se inclusive observar que as atuais configurações territoriais permitem e até estimulam a constituição de ocupações multiétnicas, o que não pode ser utilizado como justificativa para a alegação de não tradicionalidade de uma ocupação.

Como esclarece João Pacheco de Oliveira,

A Constituição de 1988 adota um único critério para a definição de uma terra indígena: que nela os índios exerçam de modo sustentável e regular uma ocupação tradicional, isto é, que utilizem tal território segundo “seus usos e costumes”. Trata-se portanto de substituir uma identificação meramente “negativa” (da presença do branco) por uma “identificação positiva”, que pode ser feita através do trabalho de campo e da explicitação dos processos socioculturais pelos quais os indígenas se apropriam daquele território (OLIVEIRA FILHO, 1999, p. 111).

A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu limite temporal para o início da ocu-

pação tradicional. Porém, o tempo de ocupação é importante para caracterizar a habitação em caráter permanente, que deve ser um ato concreto, o que pode se dar com poucos ou muitos anos, cabendo ao coordenador do GT justificar as suas conclusões com base nos usos e costumes dos indígenas, de acordo com o estabelecido no texto constitucional.

O tempo de ocupação necessário para caracterizar a ocupação permanente deve levar em conta os fatores históricos. Conforme pontua Wagner Gonçalves, a exigência da habitação permanente visa garantir a posse permanente. Citando José Afonso da Silva, Gonçalves afirma que a ocupação permanente "[...] 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 [...]" (GONÇALVES, 1994, p. 83).

A ocupação indígena, como já dito, deve ser um ato concreto.

Contudo, se não há habitação ou posse permanente, se a área é ocupada por não-índios, cumpre ao intérprete etno-cultural e etno-histórico, se assim podemos chamar o perito judicial [antropólogo], descrever a ocupação existente, com todas as características, indicando, se possível, a data dessa posse, as árvores plantadas, casas, cercas, etc., porque tais dados, como elementos necessários à perícia, são meios de prova, a serem levados ao Juiz, que os examinará como o perito dos peritos (GONÇALVES, 1994, p. 83).

Ou seja, se a posse permanente indígena foi interrompida, é preciso evidenciar o motivo de tal interrupção, pois a ilegitimidade da causa da interrupção mantém o direito indígena sobre a terra. A questão do tempo de ocupação de determinada área por indígenas ganhou grande relevância no atual processo de demarcação de terras indígenas visto que o julgamento da Petição RR nº 3.388, ocorrido em 2009, que tratou da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no estado de Roraima pela corte constitucional brasileira, apresentou dezenove condições para a demarcação daquela terra indígena e estabeleceu o chamado marco temporal de ocupação coincidindo com a data de promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 2009; YAMADA; VILLARES, 2010).

As condicionantes enumeradas são as seguintes: 1) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal), relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar; 2) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra de riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes participação nos resultados, na forma da lei; 4) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fiação, dependendo de ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções

militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 6) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 7) o usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; 8) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9) o mesmo Instituto responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando em conta usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes; 11) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; 12) O ingresso, o trânsito e a permanência de não índios não podem ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham esses ou não sido expressamente excluídos pelo Decreto de homologação; 14) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade jurídica ou pela comunidade indígena; 15) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos artigos 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros; 17) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis, e estas são inalienáveis e indisponíveis; 19) é assegurada a participação dos entes federativos durante o processo demarcatório.

Na realidade, a maioria dessas condicionantes – ainda que algumas delas sejam questionáveis em termos de legitimidade – já está garantida pela própria Constituição, por leis

ou por decretos. No entanto, o marco temporal e a vedação da ampliação de terras indígenas já demarcadas criaram mais elementos subjetivos que podem inviabilizar a concretização da demarcação de terras indígenas no país.

Em 23 de outubro de 2013, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou os embargos de declaração impetrados sobre a ação e já resolveu que a decisão sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol não tem efeito vinculante. No entanto, mesmo antes disso, ela já vinha sendo adotada como jurisprudência por vários juízes e tribunais brasileiros, o que provavelmente continuará acontecendo. O próprio Supremo Tribunal Federal, por meio de sua segunda turma, anulou a portaria de reconhecimento da Terra Indígena Limão Verde (de ocupação tradicional Terena) com base no argumento da não observância do marco temporal de ocupação fixado em 1988 pelo julgamento citado (BRASIL, 2014).

O Poder Executivo Federal, por meio da Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012, da Advocacia Geral da União, tornou as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol vinculantes no âmbito da atuação da advocacia pública brasileira, a quem cabe defender a União, a FUNAI e quase sempre, por meio da Procuradoria Federal Especializada junto à FUNAI, os indígenas nos processos judiciais que tratam de questões fundiárias. Julgada como sendo muito prejudicial pelos movimentos indígena e indigenista, após fortes protestos e negociações políticas, a portaria foi suspensa até o julgamento dos embargos de declaração. Como já dito, tal julgamento já ocorreu e concluiu que não há efeito vinculante. Resta agora a expectativa sobre qual será o posicionamento do governo federal na esfera administrativa, já que a Portaria nº 303/2012 ainda não foi revogada.<sup>4</sup> Além disso, cedendo às pressões da bancada ruralista no Congresso Nacional, o Poder Executivo já anunciou que estuda mudanças na regulamentação sobre os processos de demarcação de terras indígenas. Dependendo do rumo das decisões tomadas, poderá ser ainda mais difícil concluir as demarcações de terras indígenas no Brasil, sobretudo em regiões não inseridas na Amazônia Legal, visto que nelas a densidade da ocupação não-indígena é muito maior e o valor econômico das terras alcança preços cada vez mais elevados.

A condicionante mais impactante não está numerada; apenas foi descrita no corpo do acórdão do julgamento. Trata-se da exigência de que a terra a ser demarcada estivesse sendo ocupada pelos indígenas até ou durante o dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição vigente. Na prática, o voto do falecido ministro Carlos Alberto Meneses Direito substituiu a "tese do indigenato", que considera o direito indígena às terras de ocupação tradicional como sendo um direito "congênito" e "originário", ou seja, antecedente ao próprio Direito, pela tese do "fato indígena", que considera o direito indígena à terra como uma "concessão" do Estado a partir da promulgação da Constituição de 1988, justificando assim a necessidade de ocupação da terra no dia da promulgação da Carta.

Tal direcionamento ignora a tradição jurídica e antropológica brasileira que esteve presente na Assembleia Nacional Constituinte e teve papel fundamental na elaboração do texto constitucional, cujo artigo 231 reconheceu aos índios os direitos originários sobre as

terras que tradicionalmente ocupam. Nas palavras da antropóloga Manuela Carneiro da Cunha,

Os direitos sobre as terras indígenas foram declarados como sendo 'originários', um termo jurídico que implica precedência e que limita o papel do Estado a reconhecer esses direitos, mas não a outorgá-los. Essa formulação tem a virtude de ligar os direitos territoriais às suas raízes históricas (e não a um estágio cultural ou a uma situação de tutela) [...] (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 283).

Ao menos, a partir do voto do ministro Carlos Aires Brito, o acórdão ressaltou que o Estado não pode ignorar os casos de renitente esbulho, expulsão, massacre e remoção de grupos indígenas de suas terras tradicionais anterior ou posteriormente pseudolegalizadas com títulos de propriedade já declarados nulos e extintos desde sempre pelo parágrafo 6º do artigo 231 (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 150-151).

Apesar da ressalva, a decisão continua merecendo críticas por ignorar circunstâncias diversas que provocaram a saída de grupos indígenas de suas terras tradicionais. Ademais, confere ao judiciário a incumbência do julgamento subjetivo do que pode ou não ser considerado esbulho renitente. Yamada e Villares classificaram a fixação deste marco temporal como anti-histórica.

[...] essa marca temporal é bastante criticada por ser portadora do vício intrínseco da anti-historicidade das relações humanas. Ao se fixar a data da promulgação da Constituição de 1988 de forma arbitrária embora com certo simbolismo, concede-se um caráter quase divino à Constituição. Desconsidera-se o valor do Estatuto do Índio, sua historicidade e sua carga de tradicionalidade positiva, e soberbamente diminui-se o passado indigenista brasileiro. Se interpretada de modo cabal a Constituição vira a algoz dos direitos dos povos indígenas, pois, impermeável a qualquer possibilidade de remissão das falhas históricas do indigenismo brasileiro e das injustiças perpetradas contra os índios. Deixa de ser possível analisar situações como aquelas em que comunidades indígenas foram removidas por convencimento das autoridades governamentais ou que fugiram da simples aproximação do homem branco ou de outros grupos indígenas, como acontece ainda hoje com muitos grupos autônomos. A própria Constituição democrática trouxe a muitos povos a consciência de seus direitos e a possibilidade da reivindicação de terras consideradas tradicionais, inclusive em razão do surgimento de organizações indígenas aptas e livres que puderam contestar os muitos casos de espoliação de terras indígenas ao longo do século 20 (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 151-152).

Adotada como regra, e essa tem sido a tendência nos tribunais, tal jurisprudência impacta nas demarcações de terras indígenas que ainda estão por serem feitas, especialmente nas regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste do Brasil, onde a maioria das comunidades indígenas foi retirada de suas terras tradicionais antes da promulgação da Carta Magna. Em casos como os descritos pelos autores, será necessário um exercício teórico e semântico para que se evidencie que violência, por exemplo, é um conceito que não se reduz à violência física. O convencimento fraudulento, a coação, o constrangimento e a



fuga de ameaças também devem ser caracterizados como atos violentos, configurando assim o "esbulho renitente", pois os indígenas, embora desejem o contrário, continuam sendo impedidos de retornar para suas terras de ocupação tradicional.

Desta forma, atualmente os estudos de identificação e delimitação de terras indígenas, regulamentados pelo Decreto nº 1.775/1996 e pela Portaria/MJ nº 14/1996, devem ser muito mais consistentes e cuidadosos no que tange ao estudo da etno-história do grupo. Isso porque – embora tal exigência não figure na Constituição Federal, nos casos em que os indígenas estão fora da terra ou a reocuparam recentemente, como é o da maioria das áreas reivindicadas em Mato Grosso do Sul e no Paraná, por exemplo – é cada vez mais importante que se evidencie a maneira como se deu o processo de esbulhamento, além de se comprovar a tradicionalidade da ocupação, corroborando as supracitadas afirmações de Gonçalves. É preciso deixar claro o porquê de os indígenas não terem conseguido manter a habitação permanente em determinadas áreas. Há, portanto, a necessidade imperiosa de refinamento nas pesquisas históricas e etno-históricas que compõem o relatório final. Para isso, o domínio das metodologias de pesquisa histórica é imprescindível, e o historiador deve assumir um protagonismo maior nos Grupos Técnicos constituídos pela FUNAI.

O estabelecimento do marco temporal é a-histórico porque ignora, apesar da ressalva, os processos históricos ocorridos ao longo de cinco séculos de colonização por meio dos quais vários grupos indígenas foram expulsos de suas terras de ocupação tradicional. Além disso, também ignora processos históricos que culminaram na constituição de novas comunidades indígenas em datas mais recentes. Embora isso seja cada vez mais difícil, dada a organização fundiária brasileira, não se deve ignorar que situações históricas podem culminar no estabelecimento de novas comunidades, em alguns casos muito distantes de seu último local de origem. Exemplo disso é a situação da comunidade Bananal ou Santuário dos Pajés, estabelecida em Brasília, Distrito Federal, desde a década de 1950 quando indígenas Fulni-Ô vieram da região Nordeste do país para trabalhar na construção da capital federal. Posteriormente, a comunidade indígena se tornou multiétnica e atualmente sofre com a pressão de empreendimentos imobiliários conduzidos pelo Governo do Distrito Federal. Os indígenas vêm reivindicando, com apoio do Ministério Público Federal, a demarcação de sua terra indígena com base no artigo 231 da Constituição Federal de 1988. Todavia, apesar de o laudo antropológico<sup>5</sup> encomendado pela FUNAI e elaborado pelos antropólogos Jorge Eremites de Oliveira e Levi Marques Pereira e pela bióloga Lílian Santos Barreto (EREMITES DE OLIVEIRA; PEREIRA; BARRETO, 2011) ter apontado a tradicionalidade da ocupação da área, a FUNAI tem posição diversa e afirma que a área não é de ocupação tradicional, negando-se a constituir um Grupo Técnico (GT) de identificação e delimitação. A posição da FUNAI é bastante controversa, pois é justamente o GT quem poderia dar uma palavra mais qualificada sobre o assunto do ponto de vista técnico-científico. Logo, fica evidente a presença de certa carga política na decisão do órgão indigenista sobre esse caso. Desse modo, o órgão indigenista trabalha pela criação de uma reserva indígena, possibilidade prevista na Lei 6.001/1973, como forma de assegurar os direitos territoriais

indígenas. Todavia, esta alternativa não tem sido aceita por parte da comunidade, visto que implicaria a remoção do grupo para outro local. Já o Governo do Distrito Federal não aceita a permanência dos indígenas onde estão atualmente, sustentando o impasse. Destaca-se que o local atualmente ocupado tem grande valor no mercado imobiliário.

A história e a tradição jurídica da constituição e da aplicação do conceito de “terra indígena” demonstram que o tempo de determinada ocupação não pode determinar em última instância a sua tradicionalidade ou não. Somente o GT composto por especialistas poderá, de acordo com os usos, costumes e tradições indígenas – que, repito, também são históricos –, afirmar se uma determinada ocupação indígena é ou não tradicional, segundo a definição constitucional. Tal posição precisa ser rapidamente incorporada pela FUNAI, pois mesmo não havendo orientação expressa no sentido de que ocupações mais recentes não sejam consideradas tradicionais, em um trecho do documento intitulado *Procedimentos para a identificação de terras indígenas: Manual do Antropólogo-Coordenador* tal posição aparece nas entrelinhas normativas. Tomando por base o caso da comunidade Bananal, é possível concluir que esse posicionamento parece nortear as decisões administrativas do órgão:

É importante diferenciar este procedimento de identificação que tem uma finalidade constitucional, aplicado no caso em que se quer comprovar a ocupação tradicional do índio no sentido de reconhecer [declarar] seu direito à terra de outras formas de proteção. A proposta de outras áreas para os índios que não sejam ocupadas tradicionalmente (como no caso transferências, *ocupação recente*, etc.), pode ser argumentada tecnicamente pela necessidade de proteção e garantia desta população étnica, conforme preceito constitucional. No entanto o seu encaminhamento será distinto, já que implica numa decisão governamental pela doação, compra, desapropriação, etc. envolvendo outros procedimentos e recursos (BRASIL, 1997, p. 2, grifo meu).

Outra condicionante que causa preocupação é a que veda a ampliação de terras indígenas já demarcadas. Não porque se queira ampliar incessantemente a área das terras indígenas, mas porque há casos em que a demarcação foi realizada sem a devida aplicação dos critérios previstos no artigo 231 da Constituição Federal, ficando assim as comunidades indígenas em prejuízo que mais uma vez decorre da atuação estatal. As terras indígenas Panambizinho e Jaguari, localizadas no sul de Mato Grosso do Sul, têm grandes chances de serem exemplos disso (CAVALCANTE, 2013).

## Considerações finais

O processo de construção do conceito “terra indígena” foi longo e juridicamente complexo. No entanto, ainda paira sobre ele bastante desconhecimento, inclusive em espaços onde isso não deveria ocorrer, como na administração pública. Há também, e sobretudo,

grande mobilização de setores conservadores da sociedade, que pretendem suspender ou até revogar os direitos territoriais indígenas, ou ainda atribuir novos significados ao conceito, seja por meio de influência política direta na atuação do Poder Executivo federal, ou por iniciativas no âmbito do Congresso Nacional. Exemplo relevante dessa segunda alternativa é a Proposta de Emenda à Constituição nº 215/2000, que pretende transferir para o Congresso Nacional a palavra final sobre as demarcações, o que na prática significaria a total paralisação desses procedimentos. É factível que no presente está em curso a desconstrução política de um conceito jurídico.

A morosidade administrativa e a ampla judicialização dos casos de demarcação de terras indígenas trazem cada vez mais à tona as diversas subjetividades presentes nos discursos jurídicos, majoritariamente voltados para a proteção da propriedade privada como valor quase absoluto. A demarcação de terras indígenas dia a dia torna-se mais difícil e é travada por um imenso emaranhado de acordos políticos e processos judiciais, que, como quase sempre, são muito lentos. Enquanto isso, os indígenas são os maiores prejudicados, pois na maioria das vezes são desprovidos do mínimo necessário para uma sobrevivência dignamente humana.

Atualmente, o grande desafio do movimento indígena e de seus apoiadores é manter uma mobilização capaz de impedir retrocessos e mais ainda de assegurar o cumprimento integral da Constituição Federal de 1988, o que, pelo histórico, não se dará por mera benevolência dos poderes estatais.

## Referências

BEBER, Marcus Vinícius. *O sistema de assentamento dos grupos ceramistas do Planalto Sul-Brasileiro: o caso da tradição Taquara/Itararé*. 2004. Tese (Doutorado em História) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2004.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Portaria nº 303*, de 18 de julho de 2012. Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/596939>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Portaria nº 415*, de 17 de setembro de 2012. Altera o disposto no art. 6º da Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012 e revoga a Portaria nº 308 de 25 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/657974>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 15 de março de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 1.775 de 8 de janeiro de 1996*. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D1775.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 22 de 4 de fevereiro de 1991*. Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0022.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0022.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 608 de 20 de julho de 1992*. Altera o Decreto nº 22, de 4 de fevereiro de 1991, que dispõe sobre o processo de demarcação das terras indígenas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0608.htm)>. Acesso em: 10 fev. de 2015.

BRASIL. *Decreto nº 76.999 de 8 de janeiro de 1976*. Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-76999-8-janeiro-1976-425608-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 88.118 de 23 de fevereiro de 1983*. Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-88118-23-fevereiro-1983-438548-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 94.945 de 23 de setembro de 1987*. Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D94945.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D94945.htm)>.

Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. *Ementa Constitucional nº 01 (1969)*. Emenda Constitucional nº 01 de 1969 que edita o texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967: promulgada em 17 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. *Lei nº 6.001*, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Fundação Nacional do Índio. *Procedimentos para identificação de terras indígenas*. Manual do Antropólogo-Coordenador, 1997. Disponível em: <[http://www.funai.gov.br/quem/legislacao/pdf/Manual\\_Antropologo.pdf](http://www.funai.gov.br/quem/legislacao/pdf/Manual_Antropologo.pdf)>. Acesso em: 11 mar. 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Portaria nº 14*, de 9 de janeiro de 1996. Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria14funai.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Petição nº 3.388 RR. Julgamento de 19 mar. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 181/2009, de 25 set. 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20090924\\_181.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20090924_181.pdf)>. Acesso em: 04 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462*. Mato Grosso do Sul, 2014.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (org.). *História dos índios no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; FAPESP, 1998.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Cultura com aspas*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Legislação indigenista do século XIX*. São Paulo: Edusp; Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1993.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. *Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul*. 2013. Tese (Doutorado em História) -

Faculdade de Ciências e Letras de Assis, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2013.

DHESCA, Plataforma. Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais. *Violação de Direitos Humanos dos Indígenas no Estado do Mato Grosso do Sul*. Curitiba: Plataforma Dhesca, 2014.

EREMITES DE OLIVEIRA, Jorge; PEREIRA, Levi; BARRETO, Lillian Santos. *Laudo antropológico referente à diligência técnica realizada em parte da área da antiga Fazenda Bananal, também conhecida como Santuário dos Pajés, localizada na cidade de Brasília, Distrito Federal, Brasil*. Dourados, 2011.

GONÇALVES, Wagner. Terras de ocupação tradicional: aspectos práticos da perícia antropológica. In: SILVA, O.S.; LUZ, L.; VIEIRA, C.M. (orgs.). *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1994. p. 75-83.

HOBSBAWM, Eric. Introdução: a invenção das tradições. In: HOBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. *A invenção das tradições*. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 9-24.

MALDONADO, Caroline. Desde a morte de Marçal, há 31 anos, 12 líderes indígenas foram mortos. *Campo Grande News*, 02 set. 2015. Disponível em: <<http://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/desde-a-morte-de-marcal-ha-31-anos-12-lideres-indigenas-foram-mortos>>. Acesso em: 05 out. 2015.

MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de (org.). *Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. *Ensaio em Antropologia Histórica*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

PACHECO DE OLIVEIRA, João. *A proteção dos direitos indígenas no Santuário dos Pajés, em Brasília-DF*: Laudo entregue à FUNAI por antropólogos indicados pela ABA esclarece a questão. Associação Brasileira de Antropologia, 2011. Disponível em: <<http://www.abant.org.br/news/show/id/158>>. Acesso em: 29 out. 2013.

PAVÃO, Gabriela. Direitos humanos da ONU 'condenam' morte de índio em conflito em MS. 04 set. 2015. *G1 Mato Grosso do Sul*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2015/09/direitos-humanos-da-onu-condenam-morte-de-indio-em-conflito-em-ms.html>>. Acesso em: 05 out. 2015.

PEREIRA, Levi Marques; EREMITES DE OLIVEIRA, Jorge. *Ñande Ru Marangatu*. Laudo

antropológico e histórico sobre uma terra kaiowa na fronteira do Brasil com o Paraguai, município de Antônio João, Mato Grosso do Sul. Dourados: Editora UFGD, 2009.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos de. A identificação como categoria histórica. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; BARRETO FILHO, Henyo Trindade (orgs.). *Antropologia e identificação: os antropólogos e a definição de terras indígenas no Brasil. 1977-2002*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2005. p. 29-118.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos de. A 'identificação' como categoria histórica. In: PACHECO DE OLIVEIRA, João (org.). *Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998. p. 171-222.

YAMADA, Érika Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *Revista de Direito GV*, v. 6 (1), p. 143-158, 2010.

## Notas

- 1 Decreto nº 76.999, de 8/1/1976; Decreto nº 88.118, de 23/2/1983; Decreto nº 94.945, de 23/9/1987; Decreto nº 22, de 4/2/1991; Decreto nº 608, de 20/7/1992; e Decreto nº 1.775, de 8/1/1996 (vigente).
- 2 Está em tramitação no Congresso Nacional o projeto de Lei nº 2.057/1991 que visa aprovar um novo Estatuto do Índio.
- 3 A noção de assentamento que utilizo foi apropriada da arqueologia. Assentamento é o local onde os membros de uma comunidade vivem, garantem seu sustento e realizam suas funções sociais e culturais por um determinado tempo. No jargão arqueológico, assentamento é equivalente à noção de sítio arqueológico. Ver mais em BEBER, 2004.
- 4 Após as negociações realizadas entre a FUNAI, o Movimento Indígena e a AGU, a Portaria nº 303/2012 teve sua vigência suspensa até a publicação do acórdão do julgamento dos embargos de declaração da Petição 3.388 RR, de tal modo que se a AGU não editar outra portaria revogando a de nº 303/2012, tão logo o STF publique o acórdão do julgamento realizado em 23/10/2013, ela entrará em vigor. Conf. Portaria nº 415, de 17 de setembro de 2012.
- 5 Após a contestação da FUNAI, a validade científica de tal laudo recebeu a chancela da Associação Brasileira de Antropologia, que se manifestou em nota publicada no dia 18 de outubro de 2011. Ver em PACHECO DE OLIVEIRA, 2011.

Thiago Leandro Vieira CAVALCANTE. Professor Doutor em História – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD, Dourados-MS – Rodovia Dourados-Itahum, Km 12, Cidade Universitária, CEP 79804-970. A pesquisa que resultou nesse artigo teve fomento do CNPQ e da FUNDECT/MS.

Recebido em 01/04/2015

Aprovado em 11/10/2015