

A Desapropriação Indireta e a Demarcação de Terras Indígenas

Renata Cristina da Silva Nunes¹

Cristiano Silva de Almeida²

RESUMO

O ponto de partida deste trabalho é a análise da demarcação de terras indígenas e do cabimento da desapropriação indireta nesse caso. O presente estudo não tem o objetivo de esgotar o assunto, mas tão somente servir de guia a respeito das jurisprudências dos Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, relacionadas ao tema. Com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas foi regulamentado, o que traz discussão acerca da demarcação dessas áreas em detrimento da propriedade particular. A presente pesquisa tem por finalidade o estudo de jurisprudências sobre a desapropriação indireta nos casos de demarcação de terras indígenas, bem como sobre a indenização cabível para os ocupantes não índios quando da demarcação.

Palavras-chave: Demarcação. Desapropriação Indireta. Terras Indígenas. Jurisprudências.

ABSTRACT: The starting point of this work is the analysis of the demarcation of indigenous territories and the appropriateness of indirect expropriation in this case. This study is not intended to be exhaustive, but only serve as a guide regarding the decisions of the Federal Regional Courts, Superior Court and Supreme Court related to the theme. With the advent of the 1988 Constitution, indigenous rights to lands traditionally occupied was regulation, which brings discussion about the demarcation of these areas at the expense of private property. This research aims to study jurisprudence on indirect expropriation in cases of demarcation of indigenous lands, as well as the appropriate compensation for the non-indigenous occupants when the demarcation.

KEYWORDS: Demarcation. Indirect Expropriation. Indigenous Territories. Jurisprudences.

¹ Renata Cristina da Silva Nunes, Mestre e Especialista em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Advogada e Professora da Faculdade de São Lourenço.

² Cristiano Silva de Almeida, Mestrando em Direito no Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL, Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá, Delegado de Polícia de Minas Gerais.

1- Introdução

A presente pesquisa busca a análise das demarcações de terras indígenas do Brasil e o ajuizamento de ações com a finalidade de indenização por desapropriação indireta.

Apesar do reconhecimento constitucional do direito originário dos povos indígenas às suas terras, em consonância com o artigo 231, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há casos de ocupação de áreas indígenas por terceiros mesmo sabendo desta condição, como há também a ocupação por terceiros de boa fé, que mesmo sem saberem do status de terra tradicionalmente indígena, a ocupam e quando do momento da demarcação da terra sentem-se lesados e buscam a indenização por desapropriação indireta junto aos Tribunais Regionais Federais.

De acordo com o artigo 231, §6º, da Constituição Federal, são nulos os atos cujo objeto seja a ocupação, o domínio e a posse de terras tradicionalmente indígenas, ou a exploração das riquezas do solo, dos rios nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, não gerando nulidade e extinção ao direito de indenização quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

A Fundação Nacional do Índio (FUNAI), bem como a União, vêm indenizando somente as benfeitorias decorrentes da ocupação de boa fé nos processos de demarcação das terras tradicionalmente indígenas, sendo incabível a indenização por desapropriação indireta, já que as terras identificadas e demarcadas como tradicionalmente indígenas são consideradas preexistentes.

Dessa forma o título de propriedade da terra, demarcada como indígena, apresentado pelo ocupador não índio é nulo, mesmo que a expulsão dos índios dessa terra tenha acontecido em tempos primórdios.

Inúmeros ocupantes vêm buscando indenização no Judiciário, sendo que na maioria dos casos por desapropriação indireta, contrariando o disposto na Constituição Federal de 1988.

2- Breve esboço histórico

Para melhor análise sobre o tema terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, como também sobre a desapropriação indireta nos casos de demarcação de terras indígenas, é necessário estudo sobre quem são os índios e quais as suas origens.

2.1- Os índios

Há pouco mais de 500 anos, os portugueses chegaram ao litoral brasileiro, e estabeleceram-se nas terras que eram ocupadas pelos povos indígenas.

A denominação “índios” foi dada pelos europeus que aqui chegaram, diante da impressão que tiveram de haver chegado às Índias.

Segundo Júlio Cezar Melatti:

“A palavra índio traz em si uma inconsistência, pois nenhuma relação pode ser feita entre a origem desses povos e os povos de origem no continente indiano, além de ser um termo redutor da diversidade, pois os povos indígenas apresentam-se diferenciados entre si nos aspectos biológicos, linguísticos e culturais.” (1980. P. 31)

Após a percepção pelos europeus de que não estavam na Ásia, continuaram a chamar os nativos de índios voluntariamente, desprezando sua língua e cultura.

A Europa tomou o mediterrâneo como ponto de partida, a partir do qual passou a construir uma história universal e, levando em conta o “eurocentrismo”, considerado como superioridade européia, deixou de fora desse estudo tanto a América e a África.

Para Enrique Dussel:

"A civilização européia, com sua visão de superioridade (eurocentrismo), exerceu sobre as outras culturas formas de dominação através de diversos atos de violência física e moral, porém tudo em nome de uma obra civilizadora e modernizadora, uma ação pedagógica". (1993, p. 78)

De acordo com Dussel, há na história da América um lugar anterior ao seu descobrimento, voltando ao momento das grandes migrações em que foi inventada a agricultura e a revolução urbana, qual seja a chamada revolução neolítica. (1993, pág. 96.)

Diante da conquista europeia, houve quebra demográfica e social e foi sugerido que os padrões de organização social e de manejo dos recursos naturais das populações indígenas não seriam representativos dos padrões das sociedades pré-coloniais.

Enrique Dussel informa que:

“No período mais ou menos até 5000 a.C. os índios eram nômades, pescadores, caçadores e coletores; entre 5000 e 2000 a.C. permanecem nômades, recolhem plantas naturais e necessitam de grandes espaços para sobreviver, e assim permanecem até serem quase extintos com a colonização européia.” (1993, pag.97)

Verifica-se, portanto, que após a colonização europeia, os índios que, anteriormente, eram livres, foram praticamente exterminados diante do eurocentrismo.

O processo de colonização levou à extinção muitas sociedades indígenas, seja pela ação violenta dos colonizadores, seja pelo contágio por doenças trazidas pelos europeus, como sarampo, gripe, coqueluche, tuberculose e varíola, já que os índios não tinham imunidade natural a estes males, ou, ainda, pela aplicação de políticas visando à integração forçada dos índios à nova sociedade implantada, com forte influência europeia.

Após a independência do Brasil em relação a Portugal, houve uma preocupação em definir quem são os índios e a discussão foi recorrente durante muitas décadas.

O Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001, de 19.12.1973), que regulamentou as relações do Estado brasileiro com as populações indígenas até a promulgação da Constituição Federal de 1988, prevê no artigo 3º, inciso I, a seguinte definição de índio:

“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.”.

Maria Manuela Carneiro da Cunha, primeiramente conceitua o que são comunidades indígenas, para conceituar o que é ser índio, de seguinte forma:

"Comunidades indígenas são aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude de uma consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas; assim, índio é quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro". (CARNEIRO DA CUNHA, Maria Manuela. 1985. p. 42)

Em resumo, um grupo de pessoas pode ser considerado indígena ou não indígena se, estas próprias pessoas, se considerarem indígenas, ou ainda se assim forem consideradas como tal pela sociedade.

Nas últimas décadas, o critério da auto identificação étnica vem sendo o mais amplamente aceito pelos estudiosos da temática indígena. Este critério tem causado discussão,

já que muitas vezes os interesses de ordem pública são levados em consideração para adoção dessa definição, assim como acontecia na época da colonização.

De acordo com dados fornecidos pela Fundação Nacional do Índio, no Brasil, a presença indígena está documentada no período situado entre 11 e 12 mil anos atrás. Mas novas evidências têm sido encontradas na Bahia e no Piauí que comprovariam ser mais antiga esta ocupação, com o que muitos arqueólogos não concordam. Assim, há uma tendência cada vez maior de os pesquisadores reverem essas datas, já que pesquisas recentes vêm indicando datações muito mais antigas. (Disponível em: <http://www.funai.gov.br/>. Acessado em 20 de julho de 2013.)

2.2- Do Direito Indígena à Terra

A primeira notícia acerca do reconhecimento da posse de terras indígenas no Brasil, data do início do século XVII. Neste século se constata que a legislação colonial reconhecia a existência das terras indígenas, de posse permanente e exclusiva dos índios. (CARNEIRO DA CUNHA. Maria Manuela, 1987, p. 58)

Na época do Brasil colônia, a primeira norma a reconhecer o domínio dos povos indígenas sobre seus territórios é a Carta Régia de 10 de setembro de 1611, norma essa promulgada pelo Rei Felipe III, onde os índios tinham direito a propriedade, além da garantia do direito de ir e vir, porém como são sabidos, esses direitos na verdade nunca se observava pelo fato de que os índios não eram civilizados, tão pouco conheciam a forma escrita para saber que essas leis lhes garantiam algum direito.

A Carta Régia de 1611, embora reconhecesse o domínio dos povos indígenas sobre seus territórios, previa que tanto as fazendas quanto as áreas de Serra não lhes podiam ser tomadas, e não só isso, como também que não poderiam ser molestados ou sofrer injustiças, nem mudanças contra sua vontade, conforme verifica-se:

“[...]os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer molestia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitánias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quizerem fazer[...]” (CARNEIRO DA CUNHA, 1987,pág. 58)

Já existia na época a preocupação quanto à imposição de mudança dos povos indígenas de suas terras como violação de um direito às terras tradicionalmente ocupadas.

Ademais, o reconhecimento legal e de forma explícita do direito territorial indígena,

adveio do Alvará Régio de 1º de abril de 1680:

“§4º [...]E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas.”

O Alvará Régio de 1º de abril de 1680 reconhecia os índios como primeiros ocupantes e donos naturais das terras do Brasil, o que foi reconhecimento ratificado pela Lei Pombalilina de 6 de julho de 1755.

Preleciona João Mendes Júnior que no preâmbulo da Lei Pombalilina, o rei D. José I afirma que a causa da dispersão dos índios: “consistiu e consiste ainda em se não haverem sustentado eficazmente os ditos índios na liberdade, que a seu favor foi declarada pelos Summos Pontífice e Senhores Reis meus predecessores.”. (MENDES JÚNIOR, 1912, P.34)

Anexas a lei supramencionada encontravam-se o Alvará 1º de 1680 e a declaração expressa: “d´aqui em diante se não possa cativar índio algum do Brasil, em nenhum caso, nem ainda dos exceptuados nas ditas leis.”.(BARBOSA, 2001, p. 63)

Vale ressaltar que anteriormente a Lei Pombalina, a legislação colonial reconhecia aos indígenas o direito exclusivo das terras necessárias à sua sobrevivência; observe-se que a Carta Régia de 09 de março de 1718 reconheceu sua liberdade, isentando-os da jurisdição portuguesa, e desobrigando-os a saírem de suas terras, caso não queiram. (ANTUNES, 2004, p. 1049)

Tal afirmação evidencia-se no texto legal: “[...] (os índios) são livres, e izentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a sahirem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que elles não se agradão [...]”. (CARNEIRO DA CUNHA,1987, p. 61)

Neste período as chamadas “guerras justas”, escravidão dos indígenas que se voltavam contra os colonizadores, eram travadas contra os povos indígenas, e fundamentavam a subtração das terras do domínio destes.

Nesse sentido preleciona Raimundo Pereira Pontes Filho:

“Eram expedições militares que invadiam territórios indígenas, sendo realizadas para aprisionamento e envio destes para os mercados de escravos com a finalidade de serem vendidos aos colonos, o que provocou em curto espaço de tempo o extermínio de diversas culturas, através do extermínio físico desses povos.”.(PONTES FILHO, 2000, p.69).

Foi em 1850, com o Brasil já independente do reino de Portugal, que houve a promulgação da Lei 601, chamada de “Lei das Terras do Império”, surgindo a primeira legislação específica sobre a distinção entre terras públicas e privadas.

Com a lei supramencionada foi reservado para os indígenas uma parcela de terras ocupadas sem utilização ou destinação econômica, sendo que mesmo consideradas públicas essas terras necessitavam de registro para que pudessem ser excluídas do domínio partícules ou das províncias.

A Lei das Terras permitiu que muitos presidentes de província informassem à Repartição Geral de Terras do Império do Brasil que não existiam mais índios em suas províncias, e que algumas aldeias eram ocupadas por mestiços civilizados, com a finalidade de garantir o pleno domínio dessas áreas e posteriormente revendê-las a particulares.

Em 1910 foi criado o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), o órgão responsável pela tentativa de pacificação entre sociedades indígenas e as sociedades civilizadas.

O Serviço de Proteção ao Índio adotou uma série de providências com vista à pacificação das sociedades indígenas; porém foi ineficiente a sua atuação enquanto responsável pela proteção dessas sociedades.

Preleciona João Mendes Júnior, em relação a terras de índio:

“Terras de índio, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; por outra não se concebe que os índios tivessem adquirido por simples ocupação, aquilo que lhes é congênito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há mais simples posse, há um título imediato de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a e conhecer e direito originário e preliminarmente reservado.”. (1912, p. 58)

Para Mendes Júnior não há simples posse de terras indígenas, mas um direito originário, congênito, anterior ao descobrimento. Desta forma, não há necessidade de ser

legitimado, por já ser legítimo. Assim, é necessário que este direito seja reconhecido, pois já existe.

Em 05 de junho de 1957, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em Genebra aprova a Convenção sobre as Populações Indígenas e Tribais (Convenção 107 da OIT).

A Convenção 107 da OIT prevê o princípio da integração, conforme verifica-se no preâmbulo: “Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes”.

Nos artigos 11 a 14, a Convenção trata das questões ligadas às terras indígenas, garantindo o direito de propriedade individual e coletivo às terras tradicionalmente ocupadas, conforme artigo 11. Ademais, há preocupação acerca da remoção dos povos indígenas de suas terras, bem como a garantia de recebimento de terras de igual qualidade, indenização em dinheiro em caso de remoção necessária, e perdas e danos, conforme artigo 12, bem como preocupação em proteger os indígenas de quem possa aproveitar de seus costumes, consoante artigo 13, e a concessão de boas condições para que tenham uma vida digna, conforme o artigo 14, conforme verifica-se abaixo:

“Artigo 11. O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente.

Artigo 12. 1. As populações interessadas não deverão ser deslocadas de seus territórios habituais sem seu livre consentimento, a não ser de conformidade com a legislação nacional, por motivos que visem à segurança nacional, no interesse do desenvolvimento econômico do país ou no interesse da saúde de tais populações.

2. Quando, em tais casos, se impuser um deslocamento a título excepcional, os interessados receberão terras de qualidade ao menos igual à das que ocupavam anteriormente e que lhes permitam satisfazer suas necessidades atuais e assegurar seu desenvolvimento futuro. Quando houver possibilidade de encontrar outra ocupação ou os interessados preferirem receber uma indenização em espécie ou em dinheiro, serão assim indenizados com as devidas garantias.

3. As pessoas assim deslocadas deverão ser integralmente indenizadas por toda perda ou dano por elas sofrido em consequência de tal deslocamento.

Artigo 13.1. As modalidades de transmissão dos direitos de propriedade e de disposição das terras, consagradas pelos costumes das populações interessadas, serão respeitadas no quadro da legislação nacional, na medida em que atendam às necessidades de tais populações e não prejudiquem seu desenvolvimento econômico e social.

2. Serão tomadas medidas para evitar que pessoas estranhas a essas populações possam prevalecer-se de seus costumes ou da ignorância dos

interessados em relação à lei com o objetivo de adquirir a propriedade ou o uso de terras pertencentes a essas populações.

Artigo 14. Programas agrários nacionais deverão garantir às populações interessadas condições equivalentes às que se beneficiam dos demais setores da comunidade nacional, no que respeita: a) à concessão de terras suplementares quando as terras de tais populações disponham sejam insuficientes para lhes assegurarem os elementos de uma existência normal ou para fazer face a seu crescimento demográfico; b) à concessão dos meios necessários ao aproveitamento das terras já possuídas por tais populações.”

Na Convenção, bem como na Legislação Ordinária do Brasil à época, não se encontra a definição do que vem a ser “terras tradicionalmente ocupadas”, bem como do reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas, o que dificulta a aplicação da Convenção supramencionada.

Com o fim da segunda grande guerra mundial, acelerando-se nos anos sessenta e setenta, quando o Brasil se encontrava sob o regime militar, iniciou-se uma invasão das áreas ancestrais dos povos indígenas. A partir de então são iniciadas grandes mobilizações dos povos indígenas na defesa de seus direitos humanos e territoriais.

Em 1967 é extinto o Serviço de Proteção ao Índio e criada a FUNAI (Fundação Nacional do Índio), diante da ineficácia desse em prestar assistência aos índios.

A Fundação Nacional do Índio consagrava o princípio da integração, onde os índios eram considerados relativamente incapazes. Dessa forma, havia uma relação de submissão e dependência, que excluía das sociedades indígenas a oportunidade de decidir sobre o seu destino, não permitindo a sua participação ativa nas decisões referentes aos seus interesses.

Em 19 de dezembro de 1973 foi promulgada a Lei 6001/73, conhecida como Estatuto de Índio, cujo propósito é preservar a cultura indígena, bem como integrar os índios à comunhão nacional.

Entretanto, de acordo com os dois objetivos traçados pelo Estatuto, verifica-se que a preservação da cultura indígena é contrária a sua integração a um outro universo, transmitindo a ideia da superioridade da cultura “branca” em relação à cultura indígena, o que demonstra uma contradição na lei.

Nesse diapasão, Paulo Bessa Antunes preleciona:

“A contradição lógica que se encerra no artigo 1º do Estatuto é a marca de toda a política indigenista brasileira. O objetivo de tutelar pretendido pelo Estatuto se perde no momento em que, nos termos da própria lei indigenista, busca-se acomodar o índio à sociedade envolvente”. (ANTUNES, 1998, p.138)

Finalmente, com a promulgação da Constituição de 1988, há a retirada do princípio da integração, reconhecendo-se, portanto, a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e o direito à diferença aos indígenas.

3- Direito Indígena à Terra nas Constituições Brasileiras

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira constituição a tratar especificamente do direito a terra pelos indígenas.

A lei supramencionada consagrou o pleno domínio da União sobre as terras ocupadas pelos índios, declarando nulos os títulos de propriedade incidentes sobre as áreas indígenas concedidos pelos estados, uma vez que as terras indígenas não poderiam estar sob o domínio das províncias.

Desta feita, não há o que se falar em princípio do direito adquirido por particulares ou mesmo pelo governo. Igualmente, não há previsão de qualquer outro princípio consagrado no Direito civil para a desconstituição dos direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, desde a Constituição Federal de 1934.

A Constituição de 1937 repetiu o texto de 1934, sendo realizadas pequenas mudanças que não traziam nenhuma diferença na interpretação, no que se refere à posse das terras indígenas.

Neste período a finalidade constitucional era a integração do índio para que se adaptassem aos usos e costumes dos colonizadores, sem a necessidade do tratamento protecionista.

Nesse sentido, de integração, a definição de terra indígena tinha caráter provisório, já que a existência destas estaria intimamente ligada ao processo de integração. Desta feita, a partir do momento em que houvesse a integração, as terras indígenas estariam disponíveis pelo fato de que os povos indígenas estariam vivendo de acordo com o conceito de propriedade dos colonizadores.

Com o advento da Constituição de 1967 houve mudança acerca da propriedade das terras indígenas passando-as ao domínio da União, sendo o objetivo a garantia de maior segurança às populações indígenas a posse de suas terras.

Ademais, a lei supramencionada passou a reconhecer os direitos dos indígenas ao usufruto exclusivo dos recursos e riquezas naturais nestas existentes.

A Emenda Constitucional nº. 1 de 1969, no artigo 198, garantiu aos povos indígenas a inalienabilidade das terras indígenas, a posse permanente, e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas e utilidades nestas existentes. Em seu parágrafo primeiro, o artigo 198 declarava como nulos e extintos todos os efeitos jurídicos de atos que tivessem por objeto o domínio, posse ou ocupação de terras indígenas. No parágrafo segundo do artigo mencionado havia declaração expressa que diante da nulidade declarada no parágrafo primeiro, não existia o direito à indenização de quaisquer espécies.

Por fim, com o advento da Constituição Federal de 1988, nossa Carta Maior, houve garantia a igualdade a todos, em seus direitos fundamentais, proibindo qualquer tipo de distinção.

A atual Constituição extinguiu os princípios norteadores de integração dos indígenas, onde deveriam se abster de suas origens, garantindo-lhes o respeito à sua organização social, seus costumes, crenças e tradições.

O legislador reconheceu aos índios na Constituição Federal: organização social indígena, costumes indígenas, línguas indígenas, crenças indígenas e tradições indígenas.

Para Marco Antônio Barbosa, “trata-se de medida salutar e que põe fim a uma grande controvérsia anteriormente existente, que ficou conhecida como questão da integração das populações indígenas.” (2001, p.85)

Ademais, nossa Constituição estabeleceu a natureza originária dos direitos territoriais dos silvícolas, passando tais direitos a serem considerados anteriores à própria formação do Estado brasileiro, ou seja, o direito originário dos indígenas deixou de ser considerado a partir de um conceito de tempo de ocupação, passando a ser utilizado um conceito antropológico.

Desta feita, os direitos dos índios às terras que originariamente ocupavam, chamadas “terras tradicionalmente ocupadas”, passaram a não mais depender de qualquer reconhecimento oficial, estando vinculados, tão somente, ao processo de demarcação.

José Afonso da Silva preleciona:

“Terras tradicionalmente ocupadas não revelam aí uma relação temporal. Tradicionalmente refere-se não a uma característica temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições.” (2007, p. 858).

A Constituição de 1988 estabeleceu quatro critérios para determinar o que são “terras

tradicionalmente ocupadas” pelos índios: o critério da permanência, que se vincula ao tempo de habitação; o critério dos usos, costumes e tradições, que se refere ao modo de ser e viver dos povos indígenas; as atividades produtivas; e a preservação dos recursos naturais e a reprodução física e cultural.

Presentes esses quatro critérios, conjuntamente, há identificação de uma terra indígena sendo a demarcação uma obrigação do Poder Público.

A Constituição de 1988 dedicou um capítulo, qual seja VIII, do Título VIII- da ordem social-, para tratar dos índios.

De acordo com o artigo 231 da CF/88: “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.”

Portanto, há necessidade do processo de identificação de terra indígena para posterior demarcação, pois trata-se de um processo de reconhecimento de uma posse preexistente, para que a partir deste reconhecimento a União possa cumprir com suas obrigações constitucionais de proteção.

De acordo com a Constituição vigente, é garantido aos índios: o direito de permanecerem nas terras que ocupam desde tempos primórdios, o direito às terras que ocupam de modo tradicional e de forma permanente, independentemente do tempo em que nelas se encontrem; e o direito de recuperação das terras que tradicionalmente habitavam e das quais foram expulsos.

4- Demarcação de Terras Indígenas

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu a competência da União para demarcar as terras indígenas tradicionalmente ocupadas.

Ademais, houve preocupação do constituinte na proteção do direito indígena a terra no “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, quando no artigo 67, há determinação expressa de que a União finalize a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos contados a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Este tratamento dado pela nossa Carta Maior à demarcação já era previsto no Estatuto do Índio, em seu artigo 65: “O Poder Executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a propriedade das terras indígenas à União, e constitui uma obrigação para a União de defendê-las contra terceiros interessados. Esta defesa não diz respeito somente aos índios, mas também ao seu patrimônio, já que as terras são de sua propriedade e o direito indígena a elas é imprescritível e inalienável.

Portanto, a demarcação de terras indígenas é um procedimento administrativo cujo objetivo é delimitar a terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas, sobre a qual recairá a obrigação de protegê-la e defendê-la, garantindo se assim os direitos previstos aos povos indígenas, em seu artigo 231, na Lei Maior.

O procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas é regulamentado pela Lei 6001/73, conhecida como Estatuto do Índio, e pelo Decreto 1775 de 08 de janeiro de 1996, que atribui a FUNAI- Fundação Nacional do Índio- o papel de executora da política indigenista da União e responsável pela demarcação das terras indígenas, sob a coordenadoria da Diretoria de Assuntos Fundiários (DAF) da própria Fundação.

Vale Ressaltar que, parte da atuação da FUNAI consiste na realização de trabalhos junto aos povos indígenas para que não promovam ocupações ou manifestações que violem o Estado de direito. Cabe também a este órgão a orientação dos índios quando estes desejarem reivindicar os seus direitos, para que o façam de forma legal e pacífica, mas sem que haja a decisão sobre seus atos.

A FUNAI, como fundação pública federal que é, por sua própria atribuição institucional, busca sempre atuar na defesa dos direitos indígenas e pode representá-los ou assisti-los. Entretanto não pode decidir sobre os atos praticados pelos grupos indígenas, nem mesmo julga-los.

As atividades da Instituição supramencionada, no que diz respeito às terras indígenas, são relacionadas à fiscalização preventiva, como poder de disciplinar o ingresso e trânsito de terceiros em áreas nas quais se constate a presença de índios isolados, ou que estejam sob grave ameaça; operações de extrusão para retiradas de invasores e reocupação tradicional de territórios; além da competência para a demarcação.

O procedimento atual para a identificação e delimitação, demarcação física, homologação e registro de terras indígenas é regulamentado no Decreto nº 1.775/96.

De acordo com o artigo 2º do Decreto supramencionado, ao procedimento de demarcação de terras, inicia-se com a identificação da terra. Nesta fase, a FUNAI nomeia um antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará estudo antropológico de identificação.

A comunidade indígena é envolvida em todas as fases da identificação, em como na fase posterior qual seja delimitação.

Para estes procedimentos é designado grupo técnico composto de servidores de seu quadro funcional, INCRA e/ou da Secretaria Estadual de Terras da localização do imóvel, para a realização de estudos e levantamentos em campo, centros de documentação, órgãos fundiários municipais, estaduais e federais, e em cartórios de registro de imóveis, para a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação da área estudada, em conformidade com §§1º a 4º do artigo 2º do Decreto 1775/96.

O resumo do relatório, de acordo com o parágrafo 7º, do artigo 2º, do decreto supramencionado, é publicado no Diário Oficial da União, de localização da área, sendo cópia da publicação afixada na sede municipal da comarca de situação da terra indígena estudada.

É com base nestes estudos, que a área será declarada de ocupação tradicional do grupo indígena a que se refere, por ato do Ministro da Justiça, reconhecendo-se o direito originário indígena sobre uma determinada extensão do território brasileiro.

Desde o início do processo demarcatório até 90 dias da publicação do resumo do relatório, os interessados podem apresentar contestações, as quais também serão analisadas pela FUNAI, podendo o presidente da instituição optar pelo reexame da área proposta ou pela sua confirmação.

Os estudos e pareceres referentes às contestações, ao serem aprovados pela FUNAI, são encaminhados para o Ministério da Justiça, que por sua vez faz a análise da proposta apresentada pela instituição, referente aos limites da terra indígena, bem como das razões apresentadas pelos contestantes.

Após a aprovação por parte do Ministério da Justiça, a terra é declarada de ocupação tradicional, sendo indicados seus limites, e determinada sua demarcação física.

Diante do material técnico da demarcação, realiza-se a preparação da documentação para confirmação dos limites demarcados, e remete à Presidência da República que homologará a demarcação por meio da expedição de um decreto.

No prazo de trinta dias após a publicação do decreto de homologação, a FUNAI deverá proceder ao registro da terra indígena demarcada e homologada em cartório imobiliário da

Comarca onde o imóvel está situado e na Secretaria de Patrimônio da União (SPU) do Ministério da Fazenda.

Concluído todo o procedimento de demarcação e homologação, a FUNAI no exercício do seu poder de polícia sobre o território demarcado, devendo disciplinar o ingresso e trânsito de terceiros nas áreas demarcadas, bem como a realizar a extrusão com indenização ou reassentamento, observada a legislação.

Quando é constatada a presença de terceiros ocupantes na terra indígena, são realizados levantamentos fundiários, socioeconômicos, documentais e cartoriais, bem como a avaliação das benfeitorias edificadas em tais ocupações, na fase de identificação e delimitação.

De acordo com a FUNAI, o Brasil tem 672 terras indígenas, sendo 115 delas em fase de estudo, ou seja, ainda não foi definido o tamanho dessas áreas, que pode vir a ser demarcada. Conforme a tabela de “Terras Indígenas no Brasil”, temos a seguinte divisão de terras indígenas no nosso país, de acordo com as fases do procedimento de demarcação:

TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL*		
Fase do procedimento demarcatório	Nº de terras indígenas	Superfície (em hectares)
Em estudo	115	---
Delimitada	30	2.024.366,0000
Declarada	51	2.679.132,0452
Homologada	12	513.762,0717
Regularizada	428	104.616.529,3229
Reserva Indígena	36	44.358,5230
Total	672	109.878.147,9628

**Fonte: Funai, maio de 2013*

Terras Indígenas não são desapropriadas, mas reconhecidas como tradicional, sendo seu usufruto exclusivo de um povo indígena. No entanto, na medida em que o Estado reconhece uma área como terra indígena, os títulos de particulares incidentes sobre ela são nulificados, como determina o §6º do art. 231 da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o caráter originário dos direitos territoriais indígenas.

5- Desapropriação Indireta

O artigo 5º da Constituição Federal/88, em seu inciso XXII, consagra como direito fundamental a propriedade, e no inciso XXIV estabelece que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

O previsto no inciso XXIV, do artigo supramencionado, garante o direito a indenização caso haja desapropriação, já que anteriormente ao advento do estado constitucional, a pretensão estatal de adquirir determinada propriedade privada se materializava por meio do esbulho possessório, sem nenhuma indenização.

Portanto, a desapropriação constitui um procedimento de direito público por meio do qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, podendo se dar por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante justa e prévia indenização.

A desapropriação indireta, por sua vez, ocorre quando o Estado retira um bem do patrimônio de um particular, sem a observância do procedimento legal cabível, ou seja, sem prévia e justa indenização, e por este motivo, não encontra regulamentação jurídica. Trata-se, portanto, de uma situação de fato configurando verdadeiro esbulho.

De acordo com a definição do Supremo Tribunal Federal, a desapropriação indireta é um fato administrativo pelo qual o estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia. E a qualificação por posse-trabalho está relacionada ao fato de o possuidor realizar obras ou serviços de caráter produtivo no imóvel. (Disponível<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=110559> Acesado em: 02/08/2013)

Neste sentido preleciona Hely Lopes Meirelles:

“A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e, como tal, não encontra apoio em lei. É situação de fato que se vai generalizando até mesmo como os interditos possessórios. Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver indenização correspondente, da maneira mais completa possível, inclusive correção monetária, juros moratórios, compensatórios a contar do esbulho e honorários de advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da Administração. Convém distinguir, todavia, os casos de apossamento sem declaração de utilidade pública dos regularmente decretados mas em que, por tolerância do particular, fica retardada a indenização, a despeito de utilizado o bem pelo expropriante. No primeiro caso há esbulho manifesto; no segundo, não se configura ato ilícito da Administração, mas simples irregularidade no processo expropriatório, sem

acarretar as consequências da ilicitude civil, embora devida a indenização.”.
(MEIRELLES, Hely Lopes, 1990, 600-601)

Portanto, no caso de desapropriação indireta, consumado o apossamento dos bens pela União e integrados ao domínio público, tornam-se insuscetíveis de reintegração e reivindicação, restando ao espoliado haver indenização correspondente da maneira mais correta possível, com juros e correção monetária a contar do esbulho.

No que se refere ao direito indígena a terra, todavia, cresce o número de ações em que os terceiros ocupantes de terras tradicionalmente indígenas que querem assegurar o direito de indenização, alegando tratar-se desapropriação indireta, quando na realidade com a demarcação de terras há o direito tão somente a indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel ocupado, já que Terras Indígenas não são desapropriadas, mas reconhecidas como tradicional, sendo seu usufruto exclusivo de um povo indígena. No entanto, na medida em que o Estado reconhece uma área como terra indígena, os títulos de particulares incidentes sobre ela são nulificados, como determina o §6º do art. 231 da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o caráter originário dos direitos territoriais indígenas.

Não obstante, ainda que os indígenas detenham posse permanente e o “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos” existentes em seus domínios, nos termos do §1º do art. 231/88, elas constituem patrimônio da União. E, como bens públicos de uso especial, as terras indígenas, além de inalienáveis e indisponíveis, não podem ser objeto de utilização de qualquer espécie por outros que não os próprios índios.

De acordo com dados da Coordenação de Assuntos Fundiários da Diretoria de Proteção Territorial, de 2007 a 2011 foram indenizados benfeitorias de 1.043 ocupantes não-índios em todo o território nacional.

6- Jurisprudências

De acordo com o artigo 231, § 6º, da Constituição Federal de 1988, os títulos de propriedade referentes às áreas situadas no interior de terra indígena tradicionalmente ocupada são nulos de pleno direito, conforme verifica-se:

“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.
[...]

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.”

Por mais que os povos indígenas tenham sido expulsos no passado, isso não faz dos esbulhadores o titular do direito de propriedade, ainda que amparados em títulos emitidos pelos estados membros.

Desta maneira, não há cabimento de indenização como desapropriação indireta, pois é contrária a Constituição Federal, o artigo supramencionado.

Se a área em que se pretende indenização por desapropriação indireta se encontrava ocupada pelos povos indígenas e estes foram expulsos de suas terras pelos não- índios, não há cabimento para a indenização por desapropriação, mas sim pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé, conforme texto legal supramencionado.

A jurisprudência está se sedimentando sobre o tema, sendo a inclinação momentânea a não equiparação à desapropriação indireta no caso de demarcação de terras indígenas, conforme verifica-se pelas jurisprudências do Tribunais Regionais:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SENTENÇA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ÁREA INDÍGENA ARIPUANÃ. OCUPAÇÃO IMEMORIAL. DEMARCAÇÃO HOMOLOGADA. LAUDO HISTÓRICO-ANTROPOLÓGICO. TÍTULOS DE PROPRIEDADE EXPEDIDOS PELO ESTADO DE MATO GROSSO. ALIENAÇÃO VEDADA. BENFEITORIA. INDENIZAÇÃO.

I - Não se verifica qualquer nulidade na sentença, que se mostra suficientemente fundamentada, não tendo o julgador, na livre apreciação do conjunto probatório dos autos, a obrigação de examinar cada um dos argumentos lançados pelas partes.

II - Os limites da Área Indígena Aripuanã, inicialmente fixados em caráter emergencial, não abrangeram a real extensão do território ocupado pelos Cinta Larga, daí a equivocada exclusão de importante parcela de terras cuja ocupação imemorial indígena, posteriormente verificada pela FUNAI, levou a uma nova demarcação, finalmente homologada pelo Decreto nº 375, de 1991. Incide, portanto, a norma do art. 231, § 2º, da Constituição, segundo a qual "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", sendo nulos e de nenhum efeito jurídico os atos de domínio relativamente a essas terras (§ 6º).

III - O laudo histórico-antropológico produzido nos autos concluiu que os imóveis sub judice estão localizados no perímetro da Área Indígena

Aripuanã, constituindo, pois, território indígena de ocupação tradicional e permanente.

IV - Ainda que tenha o Estado de Mato Grosso recebido terras indígenas entre as devolutas que lhe foram transferidas pelo legislador constituinte de 1891, não poderia tê-las alheado, por força de expressa disposição contida no art. 129 da Constituição de 1934, preceito este consagrado em todas as Cartas que se seguiram. Nesse quadro, inválidos são os títulos outorgados por aquele ente federativo, que realizou venda a non domino, não havendo falar, consoante já decidiu esta Corte, em direito adquirido - o direito da comunidade indígena pré-existe àquele de propriedade invocado pelos Apelantes - e tampouco na necessidade de declaração judicial.

V - Tendo sido os títulos de propriedade expedidos após processo de licitação pública realizado pelo Instituto de Terras de Mato Grosso (INTERMAT) - o que afasta qualquer indício de existência de má-fé -, é devida indenização pela benfeitoria implantada no imóvel.[...]" (Tribunal Regional Federal da Primeira Região -3ª Turma. AC n. 2004.01.00.044972-5. Rel: Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Data do Julgamento 13/10/2009, Pub: 23/10/2009 e-DJF1 p.73. Disponível em <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=303003820044010000>. Acessado em 19/07/2013)

A posição acima mencionada é reiterada nas decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, conforme verifica-se o exemplo abaixo:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. RESERVA INDÍGENA PIMENTEL BARBOSA. ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AUSÊNCIA DE BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. A Constituição Federal de 1988, assim como as que a antecederam, preocupou-se em proteger os direitos e interesses das populações indígenas, acolhendo o instituto do indigenato ao reconhecer os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente habitam (art. 231). 2. O § 6º do art. 231 da Constituição Federal expressamente dispõe que os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são nulos de pleno direito, não havendo qualquer direito à indenização ou ações contra a União, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. 3. O falecido Vitalino Dasolo adquiriu o imóvel ora em discussão na data de 23.08.1976, sendo que analisando a cadeia dominial os primeiros adquirentes obtiveram o referido imóvel do Estado de Mato Grosso por meio de título transcrito em 31.01.1961, de modo que quando da alienação do imóvel pelo Estado de Mato Grosso vigorava o disposto no art. 216 da Constituição Federal de 1946, sendo que à época da aquisição pelo Vitalino encontrava-se em vigor o art. 198 da CF/1969, ambos assegurando a proteção às terras habitualmente ocupadas pelos índios. 4. Embora não tenha o perito judicial localizado os exatos limites da área pertencente a Vitalino, consta nos autos registro público em seu nome (fl. 16v), bem como termo de averbação no sentido de que "o imóvel objeto desta matrícula, incide na Área Indígena PIMENTEL BARBOSA" (fl. 17). 5. A perícia judicial antropológica concluiu que o imóvel em questão estaria inserido em terras originalmente ocupadas por silvícolas, pelo que não há como se olvidar que antes mesmo de serem transferidas mediante títulos dominiais a Vitalino, a terra objeto da lide era e continua sendo habitada pelos indígenas, que já a utilizavam de maneira legítima, segundo seus usos e costumes. 6. A existência de eventual registro imobiliário de terras indígenas em nome do

particular qualifica-se como situação juridicamente irrelevante e absolutamente ineficaz, pois, em tal ocorrendo, prevalece o comando constitucional, que "declara nulos e sem nenhum efeito jurídico atos que tenham por objeto ou domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas". Tais títulos são eficazes apenas para comprovar a boa-fé dos réus, outorgando-lhes direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias. 7. Inexistindo benfeitorias no imóvel em questão, não há que se falar em indenização pela perda da terra. 8. Apelação não provida" (Tribunal Regional Federal da Primeira Região -3ª Turma. AC n. 2000.36.00.008459-6 . Rel: Desembargadora Federal Monica Sifuentes, Data do Julgamento 04/02/2013, Pub: 08/02/2012 e-DJF1 p.1282. Disponível em <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=84546820004013600>. Acessado em 19/07/2013)

Nos casos acima elencados, haverá a indenização tão somente pelas benfeitorias implantada no imóvel, caso verifique-se alguma, já que as terras era consideradas território indígena de ocupação permanente, não cabendo portanto a indenização por desapropriação indireta.

Também segue o entendimento acima mencionado o TRF da 4ª. Região:

“EMENTA: DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR INDÍGENAS. NULIDADE DOS TÍTULOS. ARTIGOS 20, INC. XI, E 231 - CAPUT, § 1º E § 6º DA CF. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. A Constituição Federal estabelece serem bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 20, inc. XI). 2. Como consequência, o artigo 231 reconhece que os índios têm direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam (caput), cujo conceito é dado pelo § 1º do mesmo artigo. 3. Como complementação da defesa dos direitos indígenas o § 6º do já citado comando constitucional determina serem nulos e extintos, não produção de efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas terras, sem direito a indenização, salvo em relação às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. 4. Como leciona o constitucionalista José Afonso da Silva - "O reconhecimento do direito dos índios ou comunidades indígenas à posse permanente das terras por eles ocupadas, nos termos do art. 231, § 2º, independe de sua demarcação, e cabe ser assegurado pelo órgão federal competente, atendendo à situação atual e ao consenso histórico." (Curso de Direito Constitucional Positivo, 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pg. 833/4). 5. Há provas nos autos a comprovar que a área do apelado era terra tradicionalmente ocupada pelos índios Paresi, tanto que foi incluída da reserva indígena dos Parecis. 6. As Constituições de 1934, 1946, 1967/69 e 1988 atribuíram à União o domínio das terras habitadas pelos silvícolas. 7. Recurso de apelação da União e remessa oficial providos." (Tribunal Regional Federal da Quarta Região- 4ª Turma, AC n. 2001.04.01.068108-9, Rel: Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik, Pub:29/01/2003. Disponível em <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8656227/apelacao-civel-ac-68108-sc-20010401068108-9>. Acessado em 05/08/2013);

Nos Tribunais Regionais Federais da 2ª, 3ª e 5ª Região não decisões sobre o mérito da questão, tão somente sobre aspectos processuais.

O Supremo Tribunal Federal não se manifestou até o momento, por meio do órgão colegiado, sobre a matéria indenização por desapropriação indireta nos casos de demarcação de terras indígenas, mas tão somente em decisões em que o debate se referia aos aspectos processuais de admissibilidade de recurso. Portanto, não há decisão do STF tratando do mérito da questão em análise, conforme verifica-se na jurisprudência:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESERVA INDÍGENA. ALIENAÇÃO PELO ESTADO DE MATO GROSSO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVOS IMPROVIDOS. I - Inviável em recurso extraordinário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos. Incide, no caso, a Súmula 279 do STF. Precedentes. II - Agravos regimentais improvidos. Nego seguimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 557, *caput*).” (Supremo Tribunal Federal. RE 629.993. Rel: Ministra Rosa Weber, Julg: 20/08/2013 Pub:29/01/2003);

7-Conclusão

As discussões sobre o direito originário dos povos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas têm ocorrido com frequência, com posições radicais dos que defendem essas populações, quanto daqueles que as tem como um obstáculo ao desenvolvimento econômico do País.

Os indígenas conquistaram seus direitos aos poucos, sendo que a Constituição Federal de 1988, dedicou capítulo especial aos indígenas considerados minoria, devendo, portanto, ter um tratamento especial, considerando a igualdade material em nosso ordenamento jurídico.

No capítulo VIII (Dos Índios), da Carta Magna, há o reconhecimento da diversidade cultural desses povos, do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, e a determinação de que a União promova o reconhecimento e proteção deste direito originário através da demarcação das terras.

Nossa Carta Maior determina como deve ser reconhecida a ocupação da terra indígena, ou seja, sua tradicionalidade, e demonstra quais os pontos que devem ser observados para o efetivo reconhecimento destas, determinando ainda que deva respeitar os usos, costumes e tradições desses povos.

Desta forma, o reconhecimento da terra indígenas deve ser realizado de acordo com sua cultura e não nos parâmetros da cultura envolvente.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 torna as terras indígenas indisponíveis e inalienáveis, e os direitos dos povos indígenas sobre estas são imprescritíveis.

Pelo exposto na presente pesquisa, através de estudos teóricos, institucionais e jurisprudência, conclui-se que a demarcação das terras indígenas é um processo administrativo que tem como objetivo criar as condições materiais para que a União cumpra com sua obrigação constitucional de proteção dessas terras, como forma de garantir a posse permanente, já que o direito sobre as mesmas é preexistente.

O processo administrativo de demarcação realiza a delimitação física da terra indígena, conforme visto anteriormente, nos moldes fixados no Decreto 1775/96, para que os índios que foram anteriormente expulsos e violentados possam resgatar sua cultura.

Embora o Supremo Tribunal Federal, nossa Suprema Corte, ainda não tenha se manifestado sobre o cabimento da indenização por desapropriação indireta, e a jurisprudência esteja em fase de construção, não há o cabimento da indenização no caso mencionado.

Somente haverá a indenização em casos de demarcação de terras indígenas nos casos em que houver benfeitorias realizadas no imóvel pelo ocupante de boa-fé.

No parágrafo 6º do artigo 231, da CF/88 verifica-se a extinção e nulidade, sem produção de efeitos, de todos os atos que tenham por objeto a ocupação, domínio e posse de terras indígenas.

Diante do exposto, torna-se evidente a inconstitucionalidade de qualquer ato que vise reduzir ou extinguir terras indígenas, de modo que a ocupação dessa terra por terceiros de boa-fé não podem ser indenizadas diante da demarcação.

Há necessidade, portanto, de posicionamento concreto sobre o assunto pela nossa Corte Suprema, a fim de que os conflitos sejam dirimidos e haja a diminuição do ajuizamento de ações fundamentadas em argumentos considerados inconstitucionais, consideradas opostas ao ordenamento jurídico pátrio.

8-Referências bibliográficas

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição. Malheiros editores. São Paulo, 2011

BARBOSA. Marco Antônio. Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil. FAPESP. São Paulo, 2011.

BRASIL. Decreto nº. 1775, de 08 de janeiro de 1996.

BRASIL. Lei 5371 de 05 de dezembro de 1967, publicada no Diário Oficial da União de 06 de dezembro de 1967.

BRASIL. Lei 6001(Estatuto do Índio), de 19 de dezembro de 1973, publicada no Diário Oficial da União de 21 de dezembro de 1973.

BRASIL. Constituição Federal de 1988, publicada no Diário Oficial da União de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região -3ª Turma. AC n. 2004.01.00.044972-5. Rel: Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Data do Julgamento 13/10/2009, Pub: 23/10/2009 e-DJF1 p.73. Disponível em <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=303003820044010000>. Acessado em 19/07/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região -3ª Turma. AC n. 2000.36.00.008459-6 . Rel: Desembargadora Federal Monica Sifuentes, Data do Julgamento 04/02/2013, Pub: 08/02/2012 e-DJF1 p.1282. Disponível em <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=84546820004013600>. Acessado em 19/07/2013

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região- 4ª Turma, AC n. 2001.04.01.068108-9, Rel: Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik, Pub:29/01/2003. Disponível em <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8656227/apelacao-civel-ac-68108-sc-20010401068108-9>. Acessado em 05/08/2013.

CARNEIRO DA CUNHA, Maria Manuela. Definições de Índios e Comunidades Indígenas nos textos legais. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.

CARNEIRO DACUNHA, Maria Manuela. Definições de Índios e Comunidades Indígenas nos textos legais. São Paulo: Brasiliense, 1987.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. O sujeito diferenciado: noção de pessoa indígena no direito brasileiro. Dissertação de Mestrado, CPGD/UFPR, 1999.

DUSSEL, Enrique. 1942: O encobrimento do outro. Petrópolis: Vozes, 1993.

MENDES JUNIOR, João. Os indígenas do BraSil- Seus Direitos Individuais e Políticos. São Paulo, Typ. Hennies Irmãos, 1912

MELATTI, Julio Cezar. Índios do Brasil. São Paulo: Hucitec, 1980.

PONTES FILHO, Raimundo Pereira. Estudos de História do Amazonas. Manaus: Valer, 2000.

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In. Direitos Indígenas e a Constituição. Porto Alegre: NDI, 1993.

SILVA, José Afonso da. Do direito constitucional e da Constituição; Dos índios. In: SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros.