

Posse indígena após a Constituição Federal de 1988: direito fundamental coletivo indígena à posse de suas terras

Ownership indigenous after the Federal Constitution of 1988: fundamental right to collective indigenous land tenure of its

Elaine Freitas Fernandes Ferreira¹

¹ Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional no Centro Universitário do Pará - CESUPA. Advogada, Brasil. E-mail: elainefff@hotmail.com.

Resumo: Este artigo envolve um estudo sobre do direito fundamental coletivo dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. Será realizada uma abordagem sobre as definições legais do direito coletivo indígena no direito brasileiro e sobre o instituto da posse indígena no Brasil. Ao final, é trazido o julgamento emblemático da história recente sobre direitos indígenas quando o Supremo Tribunal Federal expõe sua compreensão na demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Palavras-chave: Posse indígena. Posse civil. Constituição Federal. Direito Fundamental coletivo. Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Abstract: This article involves a study of the collective fundamental right of the Indians to the lands they traditionally occupy, according to the Constitution of the Federative Republic of Brazil enacted in 1988 a discussion of the legal definitions of indigenous collective rights will be held in the Brazilian law and the Institute indigenous ownership in Brazil. At the end, it brought the emblematic trial in recent history on indigenous rights where the Supreme Court, which exposes their understanding in the demarcation of the Raposa Serra do Sol.

Keywords: Indian Posse. Civilian possession. Federal Constitution. Fundamental right collective. Indigenous Land Raposa Serra do Sol.

Sumário: 1 Introdução - 2 Apontamentos sobre a Questão Indígena - 3 Posse Indígena X Posse Civil - 4 A Dimensão Coletiva do Direito Indígena - 5 Posse Indígena como Direito Fundamental - 6 Considerações - Referências.

1 INTRODUÇÃO

A História relata o processo de exacerbada diminuição do contingente populacional indígena brasileiro. De um povo que foi precedente e dominante nos primeiros anos de descobrimento do Brasil, resta hoje, uma minúscula margem de sobrevivência.

tes que combatem o processo de aculturação. Tal fato foi provocado pelo descaso, por alongados anos, às necessidades mínimas para o desenvolvimento desse grupo humano.

Este artigo tem o intuito de abordar o instituto da posse indígena no Direito brasileiro e sua aplicabilidade no contexto social. Objetiva-se, com tal trabalho uma análise da posse indígena sob o foco do Direito Constitucional a fim de diferenciá-la da posse civil. Pretende-se demonstrar a natureza de direito fundamental coletivo da posse dos índios sobre as terras de ocupação tradicional e os efeitos dessa classificação, no alcance da eficácia social dos direitos indígenas. A Constituição Federal de 1988 defere largos direitos coletivos aos índios em relação à posse de suas terras. Apesar disso, mesmo após vinte anos da sua promulgação, há diversas problemáticas em volta de sua aplicação.

Parece ser um tanto complicado, a possibilidade de se aplicar aos índios um direito dispare ou pelo menos estabelecido em pressupostos diferentes daquele destinado ao cidadão comum, principalmente no que tange o direito a uma posse diferenciada dos pressupostos seculares delineados pelo direito romano. Todavia, tratar os indígenas de maneira universal, sem analisar a sua distinção étnica, é desconsiderar as especificidades históricas, culturais, e econômicas de cada povo.

A atual Constituição da República Brasileira rompeu com a política indigenista etnocêntrica e integracionista presente nas constituições anteriores, passando a reconhecer em seu texto à sociodiversidade e a pluralidade étnica do povo brasileiro. Deste modo, a Constituição Federal de 1988 reconheceu aos índios o direito à particularidade étnica, garantindo-lhes a importância de sua maneira distinta de vida. Também garantiu os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. A ideia de posse indígena restou atrelada ao trinômio - costumes, usos e tradições de cada comunidade indígena, restringindo a sua distinção em face da posse civil.

Portanto, para o melhor abrigo desse direito, forçoso se faz um estudo com a atual Constituição Federal e os instrumentos jurídicos relacionados. Será abordada a teoria geral da posse civil, que será distinta da posse indígena. Sendo imprescindível a apreciação da figura do indigenato, como fundamento da posse indígena. Serão apresentados os contornos constitucionais da posse indígena. Finalmente, analisaremos a posse coletiva dos índios sobre as suas terras, bem como a decisão do Supremo Tribunal Federal, referente ao caso da terra indígena Raposa Serra do Sol, como um caso paradigmático recente relativo à questão indígena.

Perante esse cenário, esse estudo objetiva contribuir para a otimização da aplicabilidade jurídica do instituto da posse indígena nos conflitos modernos. Daí ressalta-se a obrigação da correção dos desequilíbrios do passado, a partir de um aproveitamento atual e constitucional dos institutos possessórios, de modo que o resultado final possa ratificar as ações afirmativas em prol dos direitos indígenas, efetivar os seus mandamentos e pesquisa de conhecimento.

2 APONTAMENTOS SOBRE A QUESTÃO INDÍGENA

De acordo com informações da Organização Mundial das Nações Unidas¹, a população indígena totaliza cerca de 370 milhões de pessoas em todo o mundo, o que representa 15% dos pobres do nosso planeta e 5% da população mundial. Segundo a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a atual população indígena brasileira, segundo resultados preliminares do Censo Demográfico realizado pelo IBGE em 2010, é de 817.963 indígenas, dos quais 502.783 vivem na zona rural e 315.180 habitam as zonas urbanas brasileiras.

Este Censo revelou que em todos os Estados da Federação, inclusive do Distrito Federal, há populações indígenas. A FUNAI também registra 69 referências de índios ainda não contatados, além de existirem grupos que estão requerendo o reconhecimento de sua condição indígena junto ao órgão federal indigenista.² De acordo com Pedro Abramovay (2009), Os índios brasileiros difundem-se em 220 comunidades, que falam uma média de 170 línguas diferentes. Metade dessas comunidades tem menos de cinquenta indivíduos, e apenas três dessas comunidades têm mais de vinte mil indígenas. A maior parte da população indígena brasileira está concentrada nas regiões Norte e Centro-Oeste.

Paulo Santilly (2009), afirma que só na Amazônia, contam-se 60 % (sessenta por cento) da população indígena e 98% (noventa e oito por cento) das terras indígenas no Brasil. A razão dessa concentração é porque os procedimentos administrativos de demarcação nessas áreas podem ser feitos com menos custo político e financeiro que em outras regiões mais demograficamente ocupadas do país. Outro ponto favorável é a cooperação internacional. Desde a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como ECO/92, foi constituído um fundo pelos sete países mais ricos, para preservação das florestas tropicais e para os procedimentos administrativos de demarcação na região amazônica.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE - BRASIL, 2000, p. 500), mais de 95% (noventa e cinco por cento) das terras indígenas do território brasileiro já foram demarcadas ou estão sob processo de identificação e demarcação. Especificando, desse total, 65% (sessenta e cinco por cento) já foram demarcadas e 30% (trinta por cento) ainda aguardam a conclusão do processo de demarcação.

Por muito tempo, os índios receberam um tratamento excludente quanto à sua diferenciação étnica. Preponderava uma forte ideologia etnocêntrica, que discriminava outras culturas. O objetivo seria atribuir os valores da cultura majoritária às demais etnias, até a incorporação dos pequenos grupos e os seus costumes à sociedade bra-

¹ <http://www.iwgia.org/culture-and-identity/identification-of-indigenous-peoples> acessado em 09 de agosto de 2014.

² <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao> acessado em 25 de março de 2014.

sileira. Importante citar o entendimento de Dantas *in* Matos (2008, p. 103) afirmando que

A questão da identidade étnica na contemporaneidade tem fundamental importância dada à urgência na concretização dos direitos humanos, em razão dos processos institucionalizados de exclusão a que foram submetidos e dominados, povos e grupos populacionais majoritários ou minoritários, seja a partir de diferenças culturais que caracterizam a etnicidade diferenciada, como é o caso dos povos indígenas, seja por distintos e múltiplos aspectos relacionados à religião, gênero, cor da pele, classe social, preferência sexual, entre tantos outros.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi dado aos índios um tratamento jurídico especial, que se justificava a partir do reconhecimento oficial de sua diferenciação étnica. Se anteriormente os direitos especiais dos índios eram transitórios como o próprio *status* de índio, com a Constituição Federal atual, esses direitos especiais decorrem do reconhecimento da sua condição étnica diferenciada, sendo garantidos permanentemente. Além de vários dispositivos difundidos, a Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo aos índios ratificando assim a plurietnicidade do povo brasileiro.

Reconheceu às comunidades indígenas os seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, a sua organização social, as suas crenças e línguas, seus costumes, usos e suas tradições, como uma forma de garantir o livre desenvolvimento étnico dos índios. Nessa conjuntura, é fundamental analisar a posse indígena, instituto que se distancia da posse civil.

3 POSSE INDÍGENA X POSSE CIVIL

A posse agrária, segundo Mattos Neto (1998) é o exercício direto, contínuo, racional e pacífico de atividades agrárias desempenhadas em gleba de terra rural capaz de dar condições suficientes e necessárias ao seu uso econômico, gerando ao possuidor um poder jurídico de natureza real definitiva com amplas repercussões no Direito, tendo em vista o seu progresso e bem-estar econômico e social.

Deste modo, a posse agrária se caracteriza pela atividade agropecuária, com caráter manifestamente produtivo e apresenta entrelaçada com a personalidade da exploração pelo lavrador e sua família, e, nesses casos, o ordenamento agrário presume a boa-fé e o justo título da posse no trabalho produtivo sobre a terra. Assim, para tipificar a posse agrária de acordo com a função social da mesma não basta o ânimo de dono do possuidor, exige-se, ademais, a efetividade que se consubstancia na exploração de uma atividade rural de forma racional e adequada, respeitando o meio ambiente e as relações de trabalho.

Quanto ao conceito de terras indígena, o mesmo encontra-se no parágrafo 1º do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, que determina que as terras indígenas

são aquelas tradicionalmente ocupadas pelos índios, considerando como tais as terras por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar e as necessárias para sua reprodução física e cultural, de acordo com seus usos, costumes e tradições.

Ressalta-se, entretanto, que o artigo 20, inciso XI, desta Constituição Federal de 1988, por sua vez, estabelece serem essas terras bens da União e, em complementação, o § 2º do artigo 231 da mesma constituição, determina que 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 nela existentes. Nesse diapasão, a posse tradicional dos índios diferencia-se daquela prevista no Direito Civil, a qual é definida como “uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou não ser proprietária, exerce sobre a coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a” (PEREIRA, 2007, p.17).

Deste modo, embora a aceção conceitual de posse civil não contrarie a *priori* a de posse indígena, a diferença crucial configura-se no âmbito de sua efetivação, exercício e tutela, não estando a posse indígena regulada pelo Código Civil, mas pela Constituição Federal vigente e leis específicas. Sendo assim, Pereira afirma que “a posse indígena não corresponde ao simples poder de fato sobre uma coisa para sua guarda e uso, com o conseqüente ânimo de tê-la como própria, não se configurando meramente como uma relação material do homem com a coisa” (2007, p. 859).

A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil melhorou significativamente na ampliação dos direitos indígenas, embora ainda enfrente dificuldades no plano da efetividade desses direitos. O artigo 17 do Estatuto do Índio classifica as terras indígenas em três categorias: “I) as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas a que se refere o artigo 231 da Constituição; II) as áreas reservadas; e III) as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas”.

As primeiras são aquelas determinadas pela Constituição Federal de 1988 como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, sobre as quais incidem o direito de usufruto exclusivo dos índios e o domínio da União. As áreas reservadas não se confundem com as terras tradicionalmente ocupadas sobre as quais os indígenas têm direito originário e congênito. São áreas existentes em qualquer parte do território nacional que a União acha por bem destinar à posse e ocupação dos índios. Classificam-se em: a) reserva indígena; b) parque indígena; c) colônia agrícola indígena, e d) território federal indígena. As terras de domínio das comunidades indígenas ou dos silvícolas, por fim, são aquelas adquiridas pelas formas de aquisição de domínio previstas na legislação civil.

O ordenamento jurídico brasileiro é claro ao distinguir o instituto da posse civil em relação à posse permanente das terras ocupadas pelos índios. Sua intenção foi produzir efeitos diversos a esses institutos. Quando se referir ao âmbito indígena, a verificação da posse não será obtida a partir dos mesmos requisitos civis.

4 A DIMENSÃO COLETIVA DO DIREITO INDÍGENA

De acordo com Pinto da Costa (2012) os direitos coletivos estão consagrados em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988, como por exemplo, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - artigo 225, *caput*; direito à defesa do consumidor - artigo 170, inciso V; direito à preservação da continuidade e da unidade histórico cultural do ambiente urbano - artigo 18, § 4º, entre outros, que também previu suas formas de defesa.

A inclinação natural da pessoa humana é a vida em grupo. O ser humano não pode ser dissociado da comunidade em que vive, nem tampouco das consequências sociais, culturais, econômicas e políticas dessa convivência. Para a completa realização do indivíduo é necessário acatar as demandas coletivas. Portanto, atende-se à coletividade como objeto único de cada um dos seres humanos que a compõem. A dimensão individual, dessa forma, permanecerá sempre presente, ainda que de maneira subjacente à dimensão coletiva.

Pinto da Costa (2012, p. 643) informa, ainda, que, a Constituição Federal de 1988 proclama no seu artigo 5º, inciso XXXV, que a “lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito”, sem qualquer distinção, informando assim, que não basta assegurar a todos apenas o acesso à justiça, mas a tutela ao direito conferida ao autor ao final do procedimento de ser efetiva, adequada, justa, seja de direito individual ou coletivo.

Para a autora, os direitos fundamentais constituem um conjunto de fins diretos da ação positiva do estado. A tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada é um direito fundamental que, por sua dimensão objetiva, vincula o juiz, o qual deve buscar a interpretação e técnicas processuais que permita a efetiva tutela do direito, tendo, os olhos na exigência do direito material que reclama proteção. Para tanto, deve exercer papel ativo e inovador na ordem jurídica, fundamentando suas escolhas e assim dando concretude aos direitos fundamentais (PINTO DA COSTA, 2012, pp.643-666).

A dimensão coletiva foi reforçada com a afirmação da unidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, que tem como um dos seus marcos a Conferência de Direitos Humanos de Viena de 1993³, introduzindo no mesmo plano os direitos individuais e os direitos difusos e coletivos⁴. Dessa forma, tendo em vista que a promoção da igualdade implica, também, o combate a problemas de grupos, é imperioso reconhecer as parcelas da população apontadas quanto a democracia e direitos humanos, realidades grupais ou coletivas internacionais ou nacionais que não podem ser esquecidas.

Assim, de acordo com Carloto (2012) ao falar-se em interesses coletivos, estamos tratando de uma série de direitos que ultrapassam o círculo ou esfera do indivíduo,

³ Item 5 da Declaração e Programa de ação (A/CONF.157/23).

⁴ Cf. SÁÑHEZ, Nicolás Ángulo. *El derecho al desarrollo frente a la mundialización del mercado: conceptos, contenido, Objetivos y sujetos*. Madrid: IEPALA, 2005.193-194.

os quais prevalecem em um determinado segmento, grupo, classe ou categoria social. Este tipo de interesse transcende, em qualquer de suas modalidades o simples campo individual do indivíduo, alterando apenas a intensidade desta atividade, e invocando um tratamento diferenciado.

Estes interesses não se caracterizam pela aferição da quantidade de indivíduos envolvidos, mas pela dimensão da conflituosidade envolvendo comunidades inteiras, grupos ou categorias de indivíduos com comunhão de interesses e titularidade diversa de direitos subjetivos, posto que, os interesses coletivos pressupõe um vínculo jurídico associativo, unificador dos integrantes do grupo que assegura a sua homogeneidade, já que deles são titulares o grupo, a categoria ou a classe ligadas entre si.

Santos (2013) menciona que o reconhecimento e a necessidade de tutela dos interesses coletivos puseram de manifesto sua configuração política. Deles emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram os grupos intermediários. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, que inaugura um novo tipo de descentralização, não antes limitada ao plano estatal, mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotados de autonomia e de funções específicas.

Trata-se de uma nova forma de limitação ao poder do estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta de um povo, delega ao Estado, é limitado pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação (SANTOS, 2013, p.35). O autor complementa ainda que, nessa evolução dos interesses de massa, a Constituição federal de 1988 deve ser louvada pelo mérito que apresentou, pois não bastava simplesmente o reconhecimento dos direitos sociais de 2ª e 3ª dimensões, entre eles, os direitos difusos e coletivos, se não fosse devidamente acompanhado dos instrumentos processuais coletivos disponibilizados à sociedade para fazer valer tais direitos no plano da concretude, no sentido de possibilitar sua real satisfação.

Dessa forma, o Direito Processual Constitucional e os instrumentos coletivos extrajudiciais dão um passo efetivo de atuação pragmática para salvaguardar os direitos violados ou ameaçados envolvendo uma coletividade de pessoas (SANTOS, 2013, p. 35). Para este autor um dos primeiros instrumentos a surgir no Brasil, dando ensejo ao modelo de ações coletivas foi a Lei de Popular (Lei nº 4.717, de 1965), que considerava patrimônio público os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico.

Em 1985, veio a lume a lei nº 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, que teve por objetivo a proteção e a tutela do meio ambiente, a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico-histórico e que no mesmo sentido, foi acompanhada pela Constituição Federal de 1988, que reconheceu os novos tipos de bens jurídicos (direitos e interesses difusos e coletivos), consoante artigos 127 a 129, e do direito de repensar a necessidade de criação de

novos institutos jurídicos processuais adequados à defesa daqueles interesses e direitos de massa, que hordienamente constituem as ações coletivas.

Neste sentido Casagrande (2008) afirma que em decorrência do surgimento destas duas novas categorias jurídicas (direitos difusos e lesões de massa), a visão tradicional do processo como 'questão entre duas partes' foi abalada. E, com isso, redimensionou-se o próprio papel da magistratura. O judiciário não mais se restringe a estabelecer a lei relacionada ao caso concreto para dois litigantes, ao contrário, cria a norma que afetará centenas ou milhares de interessados.

Assim, a Petição 3.388 (RR⁵) em Ação Popular foi o instrumento jurídico utilizado para anular ou declarar nulos os atos lesivos ao patrimônio público, foi impetrada em 1999 contra a demarcação da Terra Indígena (TI) Raposa Serra do Sol. Os impetrantes da ação popular alegaram que tal Portaria lesava o patrimônio público e que, portanto, tal medida administrativa deveria ser impugnada. Do outro lado, argumentaram os defensores dos interesses indígenas que era inadequado o uso a Ação Popular para defender interesses obviamente patrimoniais individuais dos que exerciam posse de terras dentro da área indígena e, que a Portaria nº 820/MJ que define os limites da TI não era lesiva ao patrimônio público.

Deve ficar claro que a terra é vista por eles como seu habitat natural e coletivo, e não como um mero fator econômico de apropriação individual. Trata-se de uma visão absolutamente distante daquela pertencente à sociedade dominante, posto que, abarca uma gestão comunitária da terra e uma relação espiritual com a natureza e os recursos naturais. Para os indígenas, o direito de possuir, ocupar e usar a terra de maneira coletiva é um dado inerente à sua autoconcepção, e normalmente esse direito não é conferido ao índio enquanto indivíduo, mas sim à comunidade local, à tribo, ou à nação indígena⁶. A terra constitui, assim, não só fonte de subsistência dos índios, mas também, fonte de existência dos indígenas⁷.

No que se alude aos índios do nosso continente, a sua condição de povos originários deveria ter ensejado, como consequência jurídica, o reconhecimento de seu domínio sobre todas as terras que habitavam na época da chegada dos europeus⁸.

Dessa forma, o respeito aos direitos dos povos indígenas em relação à propriedade, controle e acesso à suas terras tradicionais e aos recursos naturais respectivos constitui uma premissa à fruição de todos os demais direitos, sobretudo considerados a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos.

Isso corrobora a natureza crucial que a questão territorial assume quanto ao desenvolvimento desses povos. Tanto é assim que a questão dos direitos territoriais e

⁵ Sigla referente ao Estado de Roraima.

⁶ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório de Desenvolvimento Humano 2004. Queluz: Mensagem, 2004, p.67.

⁷ O artigo 13 da convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), expressa claramente a relação especial que existe entre os índios e suas terras.

⁸ No Brasil, esse tipo de raciocínio influenciou a formação do instituto do indigenato, segundo o qual, em relação às terras indígenas não há posse a ser legitimada, mas sim um domínio que deve ser reconhecido, em função do direito originário e preliminarmente reservado (MENDES JÚNIOR, 1988).

da utilização dos recursos naturais tem sido o centro dos movimentos indígenas há muito tempo, e tem como principal exemplo a judicialização da TI Raposa Serra do Sol.

5 POSSE INDÍGENA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Assim, também sustentar-se-á a fundamentalidade do direito indígena à posse das terras tradicionalmente ocupadas, demonstrando que decorre do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou seja, que se inspira no princípio da dignidade da pessoa humana e no regime democrático. Equivale a um princípio jurídico e compara-se com os demais direitos fundamentais constitucionais. Em vista disso, é importante verificar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, já que este órgão é a última instância de decisão na seara jurídica.

Como caso paradigmático, no qual as variáveis abordadas ao longo do trabalho são cogitadas, focar-se-á a decisão judicial sobre a TI Raposa Serra do Sol. Trata-se de um caso emblemático para a história da luta pelos direitos indígenas em nosso país, seja pela dimensão da área que ocupa, seja pela repercussão internacional que alcançou, ainda pelo envolvimento de entes federados de diversos níveis, mas, principalmente, pela influência interpretativa que essa decisão poderá vir a causar.

O processo demarcatório da TI Raposa Serra do Sol, teve início em 1977 e foi concluído em 2005, manifestando a abrangência e a complexidade dessas disputas por terras. Os conflitos na região e o próprio processo de demarcação geraram uma série de ações judiciais, visto que ocorreu uma intensa divisão de posições. De um lado aqueles que se mostraram contrários à demarcação, de outro, aqueles que argumentam a favor da homologação da reserva nos moldes do decreto presidencial.

A resistência por parte dos grupos opositoristas à demarcação, ao se recusarem a cumprirem ordens de desocupação da reserva e ao buscar constantemente decisões judiciais que mantinham sua posse sobre a área, constituiu grave ameaça à determinante homologação da TI e, por conseguinte, o desrespeito à concretização do direito constitucional dos índios à posse das terras que tradicionalmente ocupam.

No caso em tela, além das divergências em volta das fases do processo administrativo de demarcação da terra indígena, ainda existe uma discussão mais profunda que revela a desarmonia entre valores, princípios e objetivos que rodeiam a atual sociedade brasileira. Esse debate assenta a possibilidade de um equilíbrio entre o respeito à diversidade e a prática de políticas que objetivam o desenvolvimento econômico do país.

Diante desse cenário, iniciou-se um extenso processo para o reconhecimento da posse originária e a demarcação oficial dessa área para o uso exclusivo dos indígenas. Como se verá adiante, no processo cronológico da demarcação da TI Raposa Serra do Sol, considerado um dos mais conflituosos no Brasil, que persistiu ao longo de vários

governos, envolvendo órgãos públicos vinculados a distintas instâncias governamentais.

Segundo compreende-se do histórico sobre a presença dos povos indígenas em Roraima, a proteção das terras indígenas, estabelecidas dentro das fronteiras do referido Estado-membro, encarou diversos desafios. Esses desafios históricos confirmam-se no caso da demarcação da TI Raposa Serra do Sol, igualmente afetada por outros impasses resultantes do próprio arcabouço jurídico-institucional vigente no país.

Ainda no âmbito desse cenário de conflito de competências para legislar sobre terras, o Estado do Amazonas editou, em 1917, a Lei Estadual nº 941 reservando área para os índios Macuxi e Taurepang. Em 1919, Serviço de Proteção ao Índio (SPI), deu início, a demarcação física da área, que estava sendo invadida por fazendeiros, no entanto, não aconteceu devido à sua posterior revogação, por decisão do governador do Estado. Em 1977 houve a constituição do primeiro grupo de trabalho, por meio da Portaria n. GM/111 do Ministro do Interior, para realizar a demarcação da terra indígena. Desse grupo de trabalho resultou relatório preliminar indicando uma área de 1,33 milhão hectares para o território da Raposa Serra do Sol.

Outros grupos de trabalho foram ainda instituídos em 1979 e 1984, em decorrência da edição da Portaria nº 509/E e da Portaria nº 1.645/E, ambas da FUNAI, tendo sido a última delas prorrogada pelas Portarias nº 1661/E e nº 1777/R. Ainda que não tenham sido conclusivos, esses trabalhos resultaram em propostas de desmembramento de partes do território e colocaram em questão a forma como deveria ser demarcada a área. Em 1988, o grupo de trabalho realizou levantamento fundiário e cartorial sem chegar a qualquer conclusão sobre o conjunto da área.

A partir de 1991, a FUNAI determinou a elaboração de novos estudos relativos à área hoje pertencente à TI Raposa Serra do Sol, para resolver divergências relativas tanto à área total a ser demarcada, bem como à forma da demarcação. Tais estudos culminariam em parecer conclusivo, datado de 12 de abril 1993 o Parecer nº 036/DID/DAF, opinando favoravelmente à demarcação contínua de 1,678 milhão de hectares.

O presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, assinou em janeiro de 1996 o Decreto 1.775, que introduz o princípio do contraditório no processo de reconhecimento de TI, permitindo a contestação por parte dos atingidos, sendo também apresentadas 46 contestações administrativas contra a Raposa Serra do Sol por ocupantes não índios e pelo governo de Roraima. Neste mesmo ano foi assinado Despacho 080, pelo ministro da Justiça Nelson Jobim, rejeitando os pedidos de contestação, mas propondo uma redução de cerca de 300 mil hectares da área.

O ministro da Justiça, Renan Calheiros no ano de 1998, assinou o Despacho 050/98, que revogou o Despacho 080/96, e a Portaria 820/98, declarando a posse permanente aos povos indígenas da Raposa Serra do Sol. No ano seguinte o Governo de Roraima impetra mandado de segurança no Superior Tribunal de Justiça, com pe-

dido de anulação da Portaria 820/98, sendo concedida liminar parcial ao mandado de segurança do governo de Roraima. Posteriormente em 2002, o Superior Tribunal Justiça nega pedido do Mandado de Segurança 6210/99, impetrado pelo governador de Roraima e que solicitava a anulação da Portaria em tela.

Em 11 de dezembro de 1998 o Ministro da Justiça, Renan Calheiros, considerando improcedentes as manifestações opostas à identificação e delimitação da área apresentada, declarou ser de posse permanente dos povos petionários a totalidade da TI Raposa Serra do Sol, identificada com superfície aproximada de 1.678.800 hectares, mantendo assim a delimitação aprovada pela FUNAI em 1993. O instrumento legal desta declaração é a Portaria MJ n° 820, que afastou o despacho n° 080 do Ministro Nelson Jobim. Em 1999, a demarcação física da TI Raposa Serra do Sol foi efetuada restando apenas a homologação presidencial do ato administrativo.

Entretanto, ocupantes ilegais, fazendeiros invasores e o próprio governo do Estado de Roraima insurgiram-se contra a Portaria Ministerial. Ingressaram com ações judiciais na Justiça Estadual (Ações Possessórias), Federal (Ações Possessórias na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Roraima N° 2004.42.00.001403-5, 2004.42.00.001459-0 e 2004.42.00.001462-8, Ações Possessórias na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Roraima N° 2004.42.00.1591-4 E 2004.42.00.001590-0) e no Supremo Tribunal Federal (Ação Cautelar 582, 734-8, 788, e 823/RR; Ação Popular; Ação Civil Originária 772, 804, e 808/RR; Ação Direta de Inconstitucionalidade 1512/RR; Mandado de Segurança 25483) contra a demarcação da terra indígena e com manifestações públicas contra os índios da região.

Instaurou-se o clima de instabilidade e violência contra as comunidades indígenas e o ato administrativo de demarcação da TI foi paralisado com a concessão de liminares. Em novembro 2003, organizações indígenas Arikon, Alicidir e Sodiur lançam carta-manifesto contra a homologação da TI em área contínua, defendida pela Comissão dos Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. O documento também critica as ações do Ministério Público Federal, que visam fechar cem casas comerciais no município de Pacaraima.

O Supremo Tribunal Federal em 2004 recebeu os autos do processo impetrado pela FUNAI contra a criação dos municípios de Uiramutã e de Pacaraima, alegando que ambos foram instituídos dentro de reservas indígenas demarcadas pela União. O Presidente Luiz Inácio Lula da Silva assina Decreto s/n°, em 15 de abril de 2005, homologando a demarcação da TI e determina que "o Parque Nacional do Monte Roraima é bem público da União submetido a regime jurídico de dupla afetação, destinado à preservação do meio ambiente e à realização dos direitos constitucionais dos índios".

O decreto assegura também a ação das Forças Armadas, para a defesa do território e da soberania nacionais e da Polícia Federal, para garantir a segurança e a ordem pública e proteger os direitos constitucionais indígenas. No mesmo mês, o Supremo Tribunal Federal extinguiu todas as ações que contestavam a demarcação da TI Raposa Serra do Sol. O presidente da FUNAI publica a Portaria n° 671, em 13 de maio de

2005, na qual cria uma Comissão Técnica para dar continuidade ao procedimento indenizatório pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé instaladas por ocupantes não índios na TI.

O Supremo Tribunal Federal no ano de 2006 manteve, por unanimidade, o decreto sobre a demarcação da TI Raposa Serra do Sol. Também foi Publicada Portaria nº 449 que cria a Comissão de Pagamento para realizar o procedimento indenizatório pelas benfeitorias derivadas de boa fé da ocupação de não índios na TI, fixando prazo de 30 dias para realização dos trabalhos e entrega do relatório de pagamentos.

Em junho de 2007, o Superior Tribunal Federal determinou a desocupação da TI Raposa Serra do Sol por parte dos não índios. Em setembro do mesmo ano, chefes indígenas da TI Raposa Serra do Sol e representantes do Governo federal assinaram carta-compromisso para evitar conflitos na região. No documento, os representantes indígenas das cinco etnias que vivem na reserva afirmaram que não querem mais se envolver nos conflitos pela retirada dos não índios que ainda permanecem no local.

No final do ano de 2007, os rizicultores pediram ao Ministério da Justiça que esperasse a colheita da safra do arroz para deixarem a TI. No entanto, após a safra, eles não se retiraram. Foram negadas duas liminares que pediam a suspensão da portaria que demarca a área. No mês de março de 2008, o procurador-geral da República, Antônio Fernando Souza, encaminhou recomendação ao presidente da república e ao ministro da Justiça para que promovesse a imediata retirada dos ocupantes não indígenas da área homologada.

A recomendação foi enviada a pedido do Ministério Público Federal em Roraima. Em abril daquele ano, o Supremo Tribunal Federal suspendeu qualquer operação para retirada dos não índios da TI indígena Raposa Serra do Sol, impedindo que a Polícia Federal desse continuidade à Operação Upatakon III. A decisão foi unânime e valeria até que a Corte julgue o mérito das ações principais que versem sobre a demarcação da reserva indígena.

Em outubro de 2013 O Supremo Tribunal Federal por 7 votos a 2, decidiu manter as 19 condicionantes estabelecidas pelo próprio tribunal em 2009, na demarcação contínua da reserva. A área vinha sendo alvo de conflitos entre índios e produtores rurais. No novo julgamento, os magistrados também decidiram que as condicionantes não terão caráter vinculante, ou seja, elas não devem ser automaticamente aplicadas em outros processos judiciais envolvendo TI.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, ao constituir o Brasil em um Estado Democrático de Direito, firmou um compromisso maior com os valores da cidadania, da dignidade da pessoa humana, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como da erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais. A proteção a esse direito é tão importante que a constituição de 1988 determi-

nou que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, que sejam portadores de referência à identidade dos grupos que formam a sociedade brasileira, dentre os quais incluem-se os índios.

Também ordenou a proteção dos bens, de qualquer natureza, que digam respeito à ação e à memória desses grupos. Vale notar que, as comunidades indígenas são titulares do direito das terras que tradicionalmente ocupa, o qual ganha contornos especiais quando vinculado às mesmas, tendo em vista as suas especificidades, e muito embora, o direito à posse indígena não tenha sido expressamente mencionado pela Constituição Federal de 1988, o regime e os princípios por ela adotados, bem como os tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é parte, permitem concluir no sentido de que a posse indígena do direito positivo brasileiro é um direito fundamental.

Conclui-se que, diante de todo o explicitado alhures, há um direito ao a posse indígena no Brasil, e ele tem natureza de direito fundamental e encontra forte lastro na constituição Federal atual e na legislação infraconstitucional. Tanto a Constituição como a legislação também oferece os elementos básicos da definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, condicionando-os aos usos, costumes e às tradições de cada comunidade indígena. A posse indígena deve ser identificada a partir da forma de viver de cada comunidade, segundo os seus usos, costumes e as suas tradições, marcando definitivamente a sua diferença com a posse regulada pelo Código Civil brasileiro, a qual é aplicada aos particulares em geral, reflete o poder de exercício econômico que o titular tem sobre o bem.

Como é conhecida, essa posse privada pode ceder ao direito do proprietário, é alienável e, portanto, transferível. Enquanto que na posse indígena existe uma relação cultural dos índios com a terra transmitida por intermédio das gerações, que integra à consciência do povo como um vínculo histórico existente entre eles e os seus ancestrais. Trata-se de um direito inalienável e intransferível.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Pedro. O novo estatuto dos povos indígenas – Inovações. Políticas públicas de proteção e promoção dos povos indígenas. Brasília-DF. Escola da Advocacia geral da União, 02 de dez. 2009. Palestra transmitida pela TV Escola. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/escola>. Acesso em 22/12/2009.
- CARLOTO MARTINS, Selma Regina. Interesses Metaindividuais e ações coletivas. 1ª ed. – Buenos Aires: Quorum, 2012.
- CASAGRANDE, Cássio. Ministério Público e a judicialização da política. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

- DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro. In. MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- MATTOS NETO, Antonio José de. A Posse Agrária e suas Implicações jurídicas no Brasil. Belém, CEJUP, 1988.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PINTO DA COSTA, Rosalina Moitta; A atividade do juiz na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional coletiva – a mudança de paradigma no projeto Brasileiro de direitos coletivos. Tutela jurisdicional coletiva, 2º série. DIDIER JR, FREDIE, MOUTA, José Henrique e MAZZEI (coords). Salvador: Juspodivm, 2012, pp.643-666.
- SANTILLI, Paulo. As Fronteiras da República. História e política entre os Macuxi no vale do rio Branco. São Paulo: FAPESP e NHII – USP, 1994.
- SANTILLY, Paulo. Terras indígenas. Dimensão Antropológica e histórica. Brasília - DF Brasília –DF. Escola da Advocacia geral da União, 02 de dez.2009. Palestra transmitida pela TV Escola. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/escola>. Acesso em 30/12/2009.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O microssistema da tutela coletiva: parcerização trabalhista. 2 ed. São Paulo: LTr, 2013.
- MENDES JÚNIOR, João. Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos. Edição fac-similar. São Paulo: Comissão Pro-Índio, 1988.

Artigo recebido em 01 de abril de 2015.

Aprovado em 15 de dezembro de 2015.