GUSTAVO TALGATTI

**DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE NA
DEMARCAÇÃO DE TERRAS**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentando como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas da Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e
das Missões – Campus de Erechim.**

**Orientador: Prof. Vera Maria Calegari
Detoni**

ERECHIM

2018

GUSTAVO TALGATTI

**DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE NA
DEMARCAÇÃO DE TERRAS**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentando como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas da Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e
das Missões – Campus de Erechim.**

Erechim, 01 de outubro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Alessandra R. Biasus
Universidade Regional Integrada – Campus de Erechim

Prof. Simone G. Albuquerque
Universidade Regional Integrada – Campus de Erechim

Prof. Vera Maria Calegari Detoni
Universidade Regional Integrada – Campus de Erechim

RESUMO

Os conflitos territoriais envolvendo comunidades indígenas e agricultores no Rio Grande do Sul tem se intensificado nos últimos tempos. As diversidades culturais, e suas implicações econômicas, políticas e sociais possuem relações com políticas territoriais desenvolvidas pelo Estado, que, contraditoriamente, em momentos históricos diferentes, destina o mesmo espaço para indígenas e para agricultores. Por sua vez o trabalho tem por objetivo analisar uma alternativa pacífica e justa para não se perder uma cultura de séculos e por outro lado não prejudicar a maior receita brasileira com a sua principal exploração que é a agricultura. O presente trabalho se dá através de pesquisa bibliográfica, o qual com busca-se o embasamento teórico do mesmo. No entanto, a escassez de bibliografia acerca do tema, limita o presente estudo e, por ser pouco explorada pela doutrina brasileira, podem constituir relevante contribuição não só aos operadores do direito em matéria tão pouco estudada, bem como aos demais ramos das ciências sociais que tenham especial interesse na matéria

Palavras-chave: Demarcação de Terras. Conflitos Territoriais. Conflitos Indígenas. Diversidades Culturais.

ABSTRACT

The territorial conflicts involving indigenous communities and farmers in Rio Grande do Sul have intensified in recent times. Cultural diversities, and their economic, political and social implications, have relations with territorial policies developed by the state, which, contradictorily, at different historical moments, destines the same space for indigenous people and for farmers. In turn, the objective of the work is to analyze a peaceful and just alternative so as not to lose a culture of centuries and on the other hand do not harm the greater Brazilian revenue with its main exploitation that is agriculture. The present work is carried out through bibliographical research, which seeks the theoretical basis of it. However, the scarcity of bibliography on the subject limits the present study and, because it is little explored by the Brazilian doctrine, can constitute a relevant contribution not only to the legal operators in a subject as little studied, as to the other branches of the social sciences that have a particular interest in the matter.

Key-words: Demarcation of Lands. Territorial Conflicts. Indigenous Conflicts. Cultural Diversities.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE	8
2.1 Noções preliminares	8
2.2 O direito de propriedade nas Constituições brasileiras	12
3 DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS	17
3.1 Constituições.....	17
3.2 Da ocupação das terras indígenas no Brasil	26
4 ANÁLISE JURÍDICA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE NOS CONFLITOS ENTRE INDÍGENAS E AGRICULTORES	28
4.1 Argumentos dos indígenas X Argumentos dos Agricultores.....	30
4.2 Área de conflitos no Estado do Rio Grande do Sul.....	32
5 CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	39

1 INTRODUÇÃO

O tema exposto tem como objetivo uma análise sobre como a legislação e a constituição Brasileira versam sobre culturas tão distintas entre si, a indígena que está vivendo no Brasil bem antes da colonização e a cultura de exploração e cultivo que veio junto com a evolução histórica brasileira a partir do seu descobrimento.

A cultura de colonização europeia vem explorando e produzindo, colocando o Brasil no mapa de grandes produtores e exportadores de grãos. Em contrapartida tem o indígena com a cultura de preservação e cuidados com a natureza que por muitos anos está inserida no Brasil, vivendo aqui muito antes de qualquer exploração de cultivo.

A escolha do tema se concentra em fazer uma análise entre o Direito constitucional de ambas as culturas, a fim de solucionar um conflito que vem se desencadeando a cada dia, tendo de um lado os indígenas cada vez mais recuados e do outro a economia em crescente avançando.

Por sua vez o trabalho tem por objetivo analisar e apresentar uma alternativa pacífica e justa para não se perder uma cultura de séculos e por outro lado não prejudicar a maior receita brasileira com a sua principal exploração que é a agricultura. Não se trata de negação de terras aos indígenas, mas sim de onde começa e onde termina o direito dos mesmos, visto que, diante da constituição todos somos iguais e que não deveria haver distinção.

O tema em si tem uma relevância política e social muito ampla, a qual atinge diretamente a constituição brasileira que se tornou omissa em relação aos indígenas por tantos anos. As demarcações de terras pura simples com base em análise literal da Constituição resolve uma injustiça histórica cometida para com os índios, mas por outro lado cria um novo problema social, desta vez prejudicando os agricultores, dotados de direitos e garantias sobre as terras a mais de um século.

A metodologia se dará através de pesquisa bibliográfica com o uso de várias doutrinas, revistas eletrônicas, dissertações e artigos científicos, que, com uma abordagem qualitativa, dão o embasamento necessário para atender aos objetivos propostos no presente trabalho.

O trabalho divide-se de modo que no primeiro capítulo aborda-se a evolução histórica do direito de propriedade, as noções preliminares e o direito de propriedade conforme a Constituição Brasileira. Já o segundo capítulo, trata das demarcações

das terras indígenas em âmbito geral e, no Brasil. O quarto capítulo traz uma análise jurídica dos direitos de propriedade nos conflitos entre os índios e os agricultores, como também os argumentos de cada grupo diante das reivindicações e, as áreas com maior número de conflitos no Estado do Rio Grande do Sul. Por fim, as considerações finais do trabalho acerca do tema abordado.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

2.1 Noções preliminares

A propriedade em sua essência se formou no decorrer da história como um dos mais importantes direitos subjetivos da humanidade. Surgindo na consciência dos primeiros agrupamentos humanos, com um aspecto de propriedade coletiva, ligado principalmente a uma essência religiosa, assim como é colocado na obra de Fustel de Coulanges (2006), onde a cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma, na qual mostra que o vínculo com a terra era primeiramente visto como sagrado, pois havia a crença em divindades locais que orquestravam a colheita, o regime de chuvas e a comunidade ali estabelecida, cada família possuíam o seu lar e os seus antepassados, que eram adorados e protegidos exclusivamente por esta família, como faz saber Fustel de Coulanges (2006, p.52):

[...] encontram-se fundadas e solidamente estabelecidas nas sociedades grega e itálica: a religião doméstica, a família, o direito de propriedade; três coisas que tiveram entre si, na origem, uma relação evidente, e que parecem terem sido inseparáveis. A ideia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu lar e seus antepassados. Esses deuses não podiam ser adorados senão por ela, e não protegiam senão a ela; eram sua propriedade exclusiva (FUSTEL DE COULANGES, 2006, p 52).

Cada família possuía um altar para seus deuses, onde tanto o solo onde se localizava o altar como o solo onde eram enterrados seus antepassados era propriedade daquela família, tornando a propriedade inalienável (Fustel de Coulanges, 2006).

No passado, em específico na idade Antiga e Média, o ser humano não representava nada fora da cidade, sendo seu status representado pela sua posição social. Não havia direitos subjetivos individuais inerentes ao Estado, bem como não se admitia ideias que valorizassem a liberdade do indivíduo, que se limitava a liberdade da comunidade, ficando assim o indivíduo e o seu patrimônio vinculado ao Estado. Todavia, no ordenamento jurídico romano, a propriedade era considerada como um direito absoluto perpétuo, oponível erga omnes e exclusivo de seu titular, assim dispondo com plenitude (MORAES, 2001).

Assim o direito romano a propriedade sofre uma gradual evolução, perdendo a sua conformação absoluta para assumir perfil mais brando, por influência do direito costumeiro e canônico. Passa a ser entendida como direito que acarreta obrigações, deveres morais. É afastado o direito de abusar da propriedade, de destruí-la. Na Lei das XII Tábuas (VI, 3), é assegurada a propriedade de áreas para cultura, com aquisição por usucapião, após dois anos de uso, demonstrando a prioridade à produção (JÚNIOR, 1997).

De modo a tutelar os direitos individuais, Moraes (2001, p. 7) afirma que:

Um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais foi estabelecido pelo Direito Romano, sendo a Lei das doze tábuas considerada a origem dos textos escritos consagrados da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão (MORAES, 2001, p. 7).

O feudalismo se instituiu após as invasões dos povos bárbaros nas províncias romanas. Com isso, o poder concentrava-se na mão do monarca, o Estado era o rei e este estava vinculado ao papa, assim o Estado e religião seguiam juntos, impondo a separação ente suserano e vassalo (MORAES, 2001).

Recebendo proteção do senhor feudal, o vassalo era responsável por cultivar as terras. Em contrapartida, poderia utilizá-las para moradia e subsistência, porém poderia vendê-las ou transmiti-las aos descendentes (MORAES, 2001).

Leal (1998, p. 42) traz sua colaboração:

A Idade Média, por sua vez, elaborou um conceito todo próprio de propriedade, indo de encontro ao exclusivismo dos romanistas e introduzindo uma superposição de titulações de domínios, de densidades diferentes, que se mantinham paralelas umas às outras. A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a propriedade de terras criaram uma identificação entre o tema da soberania e o da propriedade, pois distinguem-se o domínio direto da propriedade, que é do senhor feudal, e o domínio útil do vassalo (LEAL, 1998, p. 42).

Comparando o sistema feudal com o Direito Romano, observa-se que, no primeiro o homem era o proprietário absoluto da terra, naquela a terra se apropriou do homem, já que os servos eram meros acessórios quando a terra era vendida (BRAGA, 2009). Essa relação entre a propriedade, segundo Braga (2009), permaneceu até o surgimento de novos meios de produção de bens, da divisão do trabalho, da produção crescente, do aumento de rotas comerciais em distintas

regiões, do fortalecimento do comércio e da formação de cidades, gerando a estrutura econômica do capitalismo, com o qual a terra deixou de ser o principal, e praticamente único, meio de dominação e *status* social. Contudo faz saber BRAGA, (2009, p. 10).

Foi no século XVI, com o advento do mercantilismo, que o Renascimento e a Reforma Protestante contribuíram para a queda dos valores medievais e, conseqüentemente, para o fim do feudalismo e a criação do Estado Nacional. Esses movimentos valorizavam a razão humana e a ciência, dando origem ao Iluminismo, surgido a partir do século XVII e com apogeu no século XVIII, o Século das Luzes. Os iluministas defendiam uma visão antropocêntrica dos acontecimentos, em contraposição à teocêntrica medieval, encarando o homem como um ser livre e dotado de direitos. Contudo, esse antropocentrismo não significava a total negação de Deus, posto que os iluministas, de maneira geral, acreditavam Nele e em suas leis naturais (BRAGA, 2009, p. 10).

Para Detoni (2008), a propriedade apresenta como questão central a relação entre indivíduo e objeto, a qual constitui reflexo das estruturas culturais de uma determinada organização social. Tais estruturas representam práticas sociais de certos grupos em um determinado contexto histórico. Dessa forma, conceitualmente, a propriedade não apresenta um sentido unívoco, passando por diferentes concepções ao longo do transcurso histórico, o que se pode constatar a partir do entendimento apresentado pelo Direito Romano, pelo Direito Medieval, pelo Direito Moderno e, finalmente, pelo Direito Contemporâneo.

Nesse contexto, é possível afirmar que a noção de propriedade enquanto apropriação individual, exclusiva e absoluta sobre um determinado bem – por exemplo, uma gleba de terra – é algo recente na história da humanidade. Segundo Marés (2003, p. 17), tem-se a seguinte concepção de propriedade:

[...] foi sendo construída com o mercantilismo, com trezentos anos de elaboração teórica controvertida e incerto desenho (séculos XVI, XVII e XVIII), baseados na prática e na necessidade das classes sociais nascentes; e duzentos anos de sua realização prática (séculos XIX e XX), com lutas e enfrentamentos e, principalmente, mudanças internas, concessões, falácias, promessas poéticas e violência desmesurada, guerras (MARÉS, 2003, p. 17).

Depois da chamada Revolução industrial o capitalismo nasceu e cresceu rapidamente na Europa, trazendo consigo novas técnicas de produção, bem como a promoção da burguesia ao poder e aperfeiçoamento das ciências naturais.

O capitalismo, então, tornou-se um sistema de organização econômica baseada, exatamente, na propriedade privada dos meios de produção. Contudo, na visão de Marx (2005) o capital englobaria terras, máquinas, instrumentos, fábricas, matérias primas e moeda, seria na sua essência a propriedade privada de alguém. Desse modo tem-se as colocações de Marx (2005, p. 33):

Os povos nômades foram os primeiros a desenvolver a forma dinheiro, porque todos os seus bens e haveres se encontram sob forma de bens móveis, e, por conseguinte, imediatamente alienáveis. Além disso, seu gênero de vida os põe com frequência em contato com sociedades estrangeiras e os leva, por isso mesmo, a trocar seus produtos. Constantemente, os homens fazem do próprio homem, na pessoa do escravo, a matéria primitiva do seu dinheiro. Mas isso jamais aconteceu com o solo. Tal ideia só podia nascer numa sociedade burguesa já desenvolvida. Ela data do último terço do século XVII, e sua realização só veio a ser experimentada em larga escala, por uma nação inteira, um século mais tarde, na Revolução Francesa, em 1789 (MARX, 2005, p. 33).

No andar do liberalismo, a propriedade ganha uma personalidade de inviolabilidade, de forma que o proprietário tenha os poderes absolutos sobre a coisa. A barreira estatal a esse poder é feita de forma excepcional, apenas para manter a manutenção da ordem pública. Após a revolução francesa e americana, a propriedade se torna um fundamento das constituições modernas (RENTERÍA e DANTAS, 2006).

No entendimento de Braga (2009), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Revolução Francesa são consideradas pela doutrina, apesar de não avançar no significado filosófico do direito à propriedade, como marcos ao consagrá-lo como um direito natural, inalienável e sagrado do ser humano.

No entanto, de acordo com Miranda (2005), a Revolução Francesa não alterou a concepção filosófica da propriedade advinda do direito romano, mudando apenas o titular deste direito da nobreza e do clero para.

A partir daqui a propriedade adquire uma função social, segundo a qual o exercício do direito de propriedade não estaria mais em pleno gozo do seu titular, e sim devendo atender, assim o direito tutela a propriedade de acordo com o cumprimento desses deveres. Portanto pode-se afirmar que no decorrer do século XX há uma socialização da propriedade com o aumento da intervenção do estado. Essa socialização da propriedade gera um conflito entre o interesse privado do titular e o interesse público da coletividade. Após a concepção da propriedade vinculada a

uma função social, se incorpora a um novo fator limitante: a preservação do ambiente (BRAGA, 2009).

Ainda, no que tange ao direito de propriedade, no Brasil, a proteção do interesse coletivo sobre o individual tornou-se relevante a partir da Constituição Federal de 1934. No entendimento de Braga (2009), essa proteção avançou na interpretação doutrinária e jurisprudencial e nas leis infraconstitucionais, como o Estatuto da Terra, até chegar à concepção de propriedade disposta na Carta Política de 1988 e no Código Civil de 2002.

2.2 O direito de propriedade nas Constituições brasileiras

A ideia de constituição ao longo do tempo foi se transformando e se moldando e, conforme afirma Kelsen (2006), a ciência jurídica não advém de uma relação guardada na sociologia ou da ciência política, defendendo que a norma jurídica não deriva da realidade social, política ou mesmo filosófica.

Na teoria de Kelsen (2006), a constituição é vista como um dever, possuindo apenas natureza normativa, encontrando-se acima de um plano hierárquico de normas, sendo considerada, nos sentido jurídico, a norma suprema do Estado.

Nesta concepção tem-se o entendimento de Kelsen (2006, p. 217):

[...] a norma que representa o fundamento de validade de outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como mais elevada, será aqui designada como norma fundamental. (...) A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum (KELSEN, 2006, p. 217).

Outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, a primeira Constituição brasileira foi a monárquica de 1824, de conteúdo liberal, marcado pelo individualismo. Em contraponto ao absolutismo, falava-se de constitucionalismo e, pugnava-se na época o compromisso com os direitos e liberdades fundamentais, a exemplo do panorama político europeu (BRAGA, 2009).

Mendes (2008, p. 161) faz o seguinte apontamento:

Declarados independentes em 1822, nossa primeira experiência como nação livre e soberana se deu à luz do constitucionalismo clássico ou, se preferimos, do constitucionalismo histórico, assim considerado o movimento de ideias construído em torno do célebre art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que assim dispunha: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. (...) Esse, portanto, era o clima histórico e ideológico ou o ambiente em que viria à luz a nossa primeira Carta Política, a Constituição do Império do Brasil, “oferecida e jurada” por Sua Majestade o Imperador Pedro I, aos 25 de março de 1824, em cujo art. 3º está dito, não por acaso, que “O seu Governo é Monárquico, Constitucional, e Representativo”, vale dizer, comprometido com o respeito aos direitos e liberdades fundamentais, como verdadeiras constituições daquela época (MENDES, 2008, p. 161).

Neste contexto, Braga (2009), esclarece que o Estado brasileiro era unitário e sua característica era a centralização político administrativa, e a divisão em províncias. Em contrário com os pensamentos liberais e democráticos, a separação de poderes foi marcada pela presença do Poder Moderador, privativo de Dom Pedro I, o qual despunha de uma prerrogativa com o intuito de controlar a organização política do Império do Brasil, enfatizando seu caráter centralizador e autoritário.

Desse modo, tem-se que a inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, tendo por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, conforme traz seu artigo 179:

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. 19 (...)
XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento o da perda, que hajam de sofrer pela vulgarisaçã (BRASIL, 1824).

Tanto a Constituição de 1824 como a de 1891 deu tratamento semelhante ao direito de propriedade. Ambas influenciadas pela constituição liberal americana de 1787, e a francesa de 1789, tratando o direito de propriedade em toda a sua plenitude (ASSIS, 2008).

A Lei de Terras de 1850, por exemplo, trouxe importantes inovações no que se referia à necessidade de produtividade da terra para revalidação do título de posse ou propriedade (ASSIS, 2008). Apesar de todas as críticas que recebeu, por

distanciar-se da realidade brasileira, a Constituição de 1891 perdurou por muitos anos, sendo abolida somente com a Revolução de 1930, como aponta Mendes (2008, p. 166):

Apesar ou por causa do aparente sucesso dessa atuação solitária do seu “elaborador maior”, a verdade é que, decorridas duas décadas da sua promulgação, já se tornava evidente que a Constituição de 1891 não dispunha de força normativa suficiente para ordenar o processo político, do que resultou o surgimento de insatisfações generalizadas, tendentes a aboli-la ou, no mínimo, a reformá-la profundamente. Noutras palavras, com ou sem razão, vítima de alegada falta de sintonia com os fatores reais de poder, bem assim pela ausência de clareza e intensidade nos ideais daqueles que a elaboraram, o fato é que não durou muito para que aquela Constituição despertasse “vontades reformistas”, que, afinal, se concretizaram em 1926, quando significativas alterações se introduziam no seu texto, seja na parte relativa à organização do Estado, seja na que dispunha sobre os direitos e garantias individuais (MENDES, 2008, p. 166).

Contudo a primeira Constituição brasileira que vinculou o exercício de direito de propriedade social foi a de 1934, com a expansão das possibilidades de intervenção pública na propriedade privada, apenas se tivesse como fator principal o bem público e mediante indenização. Apesar de tudo a Constituição de 1937 retrocede neste aspecto, não referindo o interesse social e sim se atentando apenas a garantir o direito de propriedade. Já a Constituição de 1946, retoma a ideia de que a propriedade privada seja condicionada ao uso do bem-estar social (CAVEDON, 2003).

Assim, tem-se o que traz a Constituição de 1934, conforme elucida Braga (2009, p. 20):

A Constituição de 1934 previa, em seu art. 113, a garantia ao direito de propriedade, “que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”. Estabelecia igualmente os institutos da desapropriação por necessidade ou utilidade pública e o da requisição administrativa, limitações ao direito de propriedade em prol do interesse público. Não obstante, manteve a proteção aos direitos relativos à propriedade intelectual, como inventos e marcas industriais e obras literárias, artísticas e científicas. Em 1937, após o golpe de Estado de Getúlio Vargas e a instituição do Estado Novo, foi outorgada uma nova carta política, dessa vez de caráter ditatorial. A Constituição de 1937, também conhecida como “Constituição do Estado Novo” ou “Constituição Polaca”, foi marcada pela forte concentração de poderes no Presidente da República e pela restrição aos direitos e garantias fundamentais, a exemplo da possibilidade de censura e de pena de morte. Apesar do retrocesso na proteção de tais direitos, previu o direito à propriedade e a “desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia” (art. 122, 14) (BRAGA, 2009, p. 20).

Quanto aos direitos e garantias individuais, contemplou o direito de propriedade e a desapropriação por interesse social, conforme traz o Artigo 141 da Constituição:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.
§ 17 - Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio.
§ 18 - É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial.
§ 19 - Aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar (BRASIL, 1946).

O termo função social da propriedade somente foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro como princípio da ordem econômica após a Constituição de 1967. Ainda, com o golpe militar de 1964, findou-se o multipartidarismo levando, assim, à promulgação da Carta Política de 1967. Apesar de ter reduzido os direitos individuais, a Carta garantiu o direito à propriedade e dispôs, em seu art. 150, *caput* § 22, sobre a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social e sobre a requisição administrativa (BRAGA, 2009).

O artigo 157 contempla de forma explícita a função social da propriedade no título reservado à ordem econômica e social:

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...)
III - função social da propriedade; (...)
§1º - Para os fins previstos neste artigo a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata, correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas (BRASIL, 1967).

Após vários atos institucionais, houve aditamento a Emenda número um à Constituição de 1967, em 1969, que vigorou até a promulgação da Constituição de 1988.

Traz Braga (2009) em sua literatura que, foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que consagrou definitivamente a matéria no inciso XXIII, do artigo 5º, como garantia fundamental (dever do proprietário; de aplicação imediata – art. 5º, § 1º; cláusula pétrea – art. 60, § 4º, IV; dever irrevogável), no inciso III, do artigo 170, como princípio da ordem econômica e financeira, no § 2º, do artigo 182, como política urbana e, no parágrafo único, do artigo 185, e artigo 186, como política agrária.

A novidade trazida pelo Constituinte de 1988 é a função legitimadora do artigo 5º, inciso XXIII, para que o proprietário destine aproveitamento adequado a sua propriedade, diferente da função autorizativa, das demais disposições constitucionais, para intervenção administrativa na propriedade. A regra jurídica constitucional não é meramente programática (BRAGA, 2009).

No entanto, o Código Civil de 2002, ao seguir os passos da Constituição Federal de 1988, prevê expressamente a funcionalização da propriedade, abandonado o caráter individualista e absoluto presente no Código anterior, apesar de presumi-la plena e exclusiva, até que prove contrário (ART. 1.231, CC/02). Assim, o Código Civil de 2002 dispõe que:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas, sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (...)

§3º O proprietário pode ser privado da sua coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente (CÓDIGO CIVIL DE 2002).

Contudo, de acordo com Mendes (2008), a evolução dos fatos sociais é constante e ininterrupta, mostrando a necessidade de compatibilizar as mudanças ocorridas no bojo da sociedade ao texto constitucional, evitando o engessamento da própria Constituição. Portanto, podemos afirmar que o conceito constitucional de propriedade não é fixo, não é estático, mas sim dinâmico.

3 DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

3.1 Constituições

O art. 231 da CF fala em direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Nesse sentido, afirma Ferraz Jr (2004), que tais direitos não são estruturalmente diferentes dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal. Portanto, não se lhes sobrepõem nem lhes são subordinados, mas equiparam-se a eles em dignidade.

A Constituição Federal de 1988 definiu expressamente que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União. Ainda, reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e a posse permanente, competindo à União demarcá-las (CANDEIA, 2013).

Ao decorrer do tempo, é importante destacar quais foram as principais Constituições Federais Brasileiras que asseguram Direitos aos indígenas. Já nos tempos coloniais o Alvará de 1º de abril de 1680 reconhecia o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios, dando origem ao denominado indigenato, o qual representou o começo de proteção ao indígena (Cunha, 2002).

A teoria do indigenato foi instituída por meio do Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 7 de junho de 1755. Esta lei afirmava o direito originário dos índios às terras que ocupassem:

[...] E para que os ditos Gentios, que assim descerem, 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, lugar conveniente 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 (ALVARÁ RÉGIO DE 1º DE ABRIL DE 1680).

Para o doutrinador João Mendes Junior (1912), cabe a noção de indigenato como título distinto da ocupação e que tem por base a noção de habitat, equilíbrio ecológico entre o homem e seu meio.

Para Ferraz Jr (2004) o indigenato é título capaz de explicar o caráter originário dos direitos, mas estes não se reduzem àquele. Como a Constituição fala em direitos não há como deixar de explicitá-los conforme a técnica jurídica. Da estrutura do direito subjetivo faz parte o sujeito, o conteúdo, o objeto e a proteção (FERRAZ JR, 2001).

No século XIX, os anseios em garantir terras para os colonos imigrantes e com o aumento da ambição inclusive pelas terras que até então eram ocupadas por aldeamento indígena, trouxe uma nova dinâmica econômica, no ponto de vista normativo a constituição de 1824 ignorou completamente a questão indígena, não reservando nenhum artigo sobre o assunto. Porém na sequência o ato adicional a Constituição de 1834 incumbiu as assembleias legislativas das províncias a legislarem sobre catequese e civilização dos índios. As assembleias eram controladas politicamente pelas oligarquias e assim vão criar legislações mais restritivas aos direitos indígenas inclusive extinguindo vilas e aldeamentos como explica Cunha (2009, p. 138):

No Ceará, a Assembleia Provincial apressa-se em extinguir, em 1835, duas Vilas de Índios, seguidas de mais algumas em 1839. Em Goiás, o Presidente da Província organiza em 1835 e 1836 expedições ofensivas contra os Índios Canoeiros e Xerente e os Quilombolas, oferecendo lhes as alternativas seguintes: se aceitassem a paz, seriam expulsos de seus territórios e suas lavouras queimadas, para que não retornassem; seriam mortos e os prisioneiros escravizados, caso não aceitassem (CUNHA, 2009, p. 138):

Somente em 1845 com o Regulamento das Missões de catequese e civilização dos Índios, Decreto 426 de 24/07/1845, único documento legal do Período Imperial sobre o tema, procura definir políticas administrativas gerais para os Índios aldeados e para novos aldeamentos, buscando ampliar a disponibilidade de terras e, ao mesmo tempo diminuir os empecilhos nas rotas e caminhos que levassem para o interior do país. Como as fronteiras do Império ainda estavam avançando era importante garantir o trânsito nestas regiões, para que o acesso nestas áreas mais distantes fosse facilitado, garantindo a circulação de bens comercializáveis e ao mesmo tempo promovendo a ocupação física através da colonização para ampliar a produção e contribuir nas disputas geopolíticas com a região platina (Cunha, 2009).

A Lei de Terras de 1850 constitui-se num novo regulamento para a apropriação privada da terra, nela mais uma vez ignora-se a posse indígena sobre a terra, considerando-as como devolutas, permitindo que o Estado desse diferentes destinações, inclusive, quando julgasse necessário para colonizar indígenas. As grandes extensões das chamadas terras devolutas foram destinadas ao processo de colonização produzindo o efeito de legitimar e incrementar o processo de espoliação das terras dos índios, levado a efeito pelas companhias colonizadoras e pelos próprios colonos (SANTOS FILHO, 2012).

Christillino (2008, p. 235) destaca que a Coroa Portuguesa na época de aplicação da Lei de Terras de 1850, não pressionou os fazendeiros a cumprirem os trâmites previstos nela – registros paroquiais, processos de legitimação e revalidação, bem como titulação das áreas – e, dessa forma, não impôs seu projeto.

A Lei de Terras foi regulamentada pelo decreto n. 318, de 20 de janeiro de 1854, conhecido como Regulamento de 1854, constituído de 108 artigos. O decreto descentralizou as legitimações e revalidações de terras ao delegar ao juiz comissário a condução das medições e de outras etapas dos autos, como a verificação de cultura efetiva e morada habitual. O juiz comissário nomeava os agrimensores, os peritos para o exame da extensão e do estado de ocupação das posses e também os árbitros para a resolução de impasses que ocorressem durante a medição. Ao mesmo tempo, no Regulamento de 1854, o presidente de província, o ministro de Negócios do Império e o da Agricultura (pasta criada em 1860) foram incumbidos de importantes decisões em torno da regularização do acesso a terras e da resolução de litígios. No Regulamento, estabeleceu-se a criação das repartições especiais de terras públicas nas províncias, as quais coordenariam os trabalhos referentes às medições das terras particulares e às demarcações das áreas públicas em cada uma delas. Na província do Rio Grande do Sul, a Repartição Especial de Terras Públicas foi criada em 1855 e transformada em Diretoria de Terras Públicas e Colonização em 1872. Contudo, as decisões das repartições estavam sempre sujeitas à aprovação do presidente de província. Também foi criada a Repartição Geral de Terras Públicas, encarregada de dar parecer sobre todas as questões que envolviam a Lei de Terras e também sobre aquelas nas quais estivessem envolvidos os interesses do Estado. Era o caso da demarcação de terras para o estabelecimento de colônias, o aldeamento de indígenas e a venda de terras públicas (CHRISTILLINO, 2008, p. 235).

Foi frequente a prática de retirada dos indígenas de seus habitat para depois considerar as terras, que eram por eles habitadas de devolutas, ou até mesmo retirá-los das aldeias menos numerosas agrupando-os em outras aldeias maiores, liberando mais terras para o processo de colonização patrocinado pelo próprio Estado (SANTOS FILHO, 2012).

Cabe ressaltar que a demarcação é ato administrativo e se refere a bens da União, dos quais as comunidades indígenas têm o direito originário de posse, bens estes nos quais estão incluídas as terras devolutas destinadas à preservação ambiental (FERRAZ JR, 2004).

A partir do momento em que é feita a demarcação, conforme os critérios constitucionais, as linhas divisórias entre terras devolutas e indígenas estarão traçadas. A literatura se contrapõe com Ferraz Jr (2004), quando diz que uma vez demarcadas as terras, os indígenas só poderão ser removidos de suas terras em caso de catástrofe ou epidemia que coloque em risco a sua população. Esse direito, conforme afirma Ferraz Jr (2004), está assegurado na Constituição, art. 231, § 5º.

Quanto à retirada dos índios da mata para aldeias, faz saber Cunha (2009, p. 118):

A retirada dos índios da mata para aldeias deveria ocorrer, segundo as normas, por um processo de convencimento denominado de descimento, que deveria ser feito pelos missionários através do trabalho religioso, mas este método não deve ter funcionado por muito tempo, pois O Regimento Geral de 1588 passou a permitir que este processo fosse feito pelos moradores, mas acompanhados por missionários, portanto, os colonizadores passaram a ter autorização para aldear os índios, intensificando a obrigatoriedade dos indígenas aderirem ao projeto colonial caso contrário poderiam ser exterminados. Numa tentativa de disfarçar a violência deste processo, eram feitas alianças com os indígenas, a Alvará de 26/07/1596, recomenda que o descimento deveria ser feito “de tal modo que não possa o gentio dizer, que o fazem descer da Serra por engano, nem contra sua vontade” (CUNHA, 2009, p. 118).

Importante ressaltar ainda que, desde a Lei de 6 de junho de 1755, o reconhecimento das terras indígenas goza de caráter permanente, uma vez que são reservadas aos índios para gozarem delas por si e todos seus herdeiros (LEI DE 6 DE JUNHO DE 1755). Na origem do indigenato, não há, portanto, nenhuma menção à transitoriedade desse direito, como se a concretização da pretensa assimilação do mundo ocidental pelos povos nativos ultimasse o direito à terra. Muito pelo contrário, o direito brasileiro sempre lhes conferiu uma destinação vitalícia, que perdura na descendência indígena, configurando-se em uma hereditariedade étnico-coletiva *ad eternum* (QUEIROZ, 2013).

Em 1910, surgiu o Decreto 8.072 o qual cria o Serviço de Proteção ao Índio e Localização dos Trabalhadores Nacionais – SPI, esse novo órgão ficou atrelado ao Ministério da Agricultura Indústria e Comércio. Desse modo, a polícia

governamental procurava colocar o Índio dentro de um projeto maior de desenvolvimento econômico. Em consequência disso aconteceram alguns avanços no sentido de dar uma maior assistência aos índios e também considerar o seu mundo cultural, como um processo de integração. Do ponto de vista teórico esses foram os argumentos da época, mas segundo Santos Filho (2012, p. 37), o real objetivo era acabar com a cultura indígena:

É a integração dos indígenas, alterando a política anterior, sem desvio da meta de alcance da integração dos povos indígenas, na expectativa de acabar com as culturas indígenas para assimilá-las à cultura nacional, na busca do sonho de transformar os Índios em cidadãos, ou a realização do pesadelo de acabar com a categoria 'povos Indígenas' (SANTOS FILHO, 2012, p. 37).

Segundo Cunha (2009, p. 159), uma das tarefas do Serviço de Proteção ao Índio, era fazer com que os Índios realizassem nas aldeias atividades agrícolas para se auto sustentarem e, transformando-os em pequenos produtores rurais. Apesar das críticas ao SPI, este foi considerado um avanço no processo de aproximação com os índios e ações assistenciais aos mesmos, o que ajudou no seu desenvolvimento.

Neste sentido, Santos Filho (2012) aponta o Decreto 8.072/1910 como um marco no processo evolutivo no trato da questão indígena. O mesmo autor afirma ainda que teve o mérito de acabar com o silêncio da legislação até então vigente, acarretador do crescente esbulho de terras e da morte de muitos índios.

No entanto, conforme afirma Alencar (2015), a proteção constitucional viria somente em 1934. Pela primeira vez, em artigos, índios tiveram seus direitos garantidos constitucionalmente. Resguardou aos silvícolas a posse de suas terras vedando sua alienação. Apenas dois artigos tratavam dos direitos indígenas:

Art. 5º - Compete privativamente à União:

XIX - legislar sobre:

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. Permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

O artigo 5º deixou clara a competência exclusiva da União para estabelecer normas sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (BRASIL, 1934).

A Constituição de 10 de novembro de 1937, conhecida como Polaca, manteve os direitos a terra em seu artigo:

Art.154 “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas” (BRASIL, 1937).

Os indígenas continuaram tendo direito a posse de suas terras e manteve-se vedada a alienação. O objetivo de manter a vedação a alienação era proteger suas terras de possíveis compradores. Após a Constituição de 1946 ser promulgada, mantiveram-se os mesmo artigos da constituição de 34:

Art. 5º - Compete à União:

XV - legislar sobre:

r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

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

Garantiu aos silvícolas o direito de terra vedando sua alienação e sendo competência exclusiva da União legislar sobre a incorporação dos silvícolas a sociedade. Em todas as legislações que resguardava direitos aos indígenas sempre manteve o caráter integracionista.

A constituição de 1967 continuou na mesma linha que as anteriores, mantiveram os direitos já existentes e acrescentou de maneira taxativa no seu artigo 186, que as terras indígenas seriam bens da união, assim com a intenção de impedir a venda e o loteamento desse território e em outro artigo garantiu aos indígenas o direito de usufruir dos recursos naturais.

Art. 186: é assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes (BRASIL, 1967).

Nesse mesmo ano ocorreu a criação da FUNAI – Fundação Nacional do Índio foi criada, ligada ao Ministério do Interior. A sua fundação se deu pela Lei 5.371/67, e para a FUNAI coube administrar as rendas do patrimônio indígena, tendo como norte três fins: a emancipação econômica das tribos, o acréscimo do patrimônio rentável e o custeio dos serviços de assistência ao índio, conforme afirma Lima, (2006).

A Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969 trouxe uma importante mudança na relação jurídica:

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

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio” (BRASIL, 1969).

Dessa forma, tornaram-se nulos os efeitos jurídicos de domínio, posse ou ocupação por terceiros das terras indígenas sem direito a ação ou indenização contra a União e a FUNAI.

No ano de 1973, foi criado o Estatuto do Índio - Lei 6.001 - que organizado em sete títulos, dispôs desde os direitos civis e políticos dos índios até as normas penais que incidem sobre essas comunidades. Tratou, ainda, dos direitos territoriais, da educação, cultura e saúde dos índios, conforme trazem seus artigos 1º, 2º e 3º:

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

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;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo estarem neles integrados (LEI, 6.001/1973).

A Constituição de 1988, num contexto de redemocratização, de fortalecimento dos movimentos sociais e da sociedade civil como um todo, garante um capítulo específico, nos artigos 231 e 232, para o direito indígena (Freitas, 2014).

Ainda, faz saber Leitão (1993, p. 228):

À luz da Constituição em vigor, portanto, os povos indígenas deixaram de ser considerados culturas em extinção, fadadas à incorporação na assim denominada comunhão nacional, nos moldes do que sempre fora o espírito a reger a legislação brasileira desde o início do processo de colonização em nosso país. Toda a legislação anterior continha referências expressas à integração ou assimilação inevitável e, por outro lado, desejável dos índios pela sociedade brasileira. A nova mentalidade assegura espaço para uma interação entre esses povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois que se funda na garantia do direito à diferença (LEITÃO, 1993, p. 228).

O primeiro reconheceu ao índio os direitos originários sobre as terras que ocupam e determinou que a competência para as demarcações fossem da União Federal, bem como proteger e fazer respeitar seus bens. Juntamente com isso reconheceu como legítima a organização social, os costumes, as línguas, crenças e tradições, conforme traz o artigo 231:

Artigo 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.

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

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

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

4. As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas são imprescritíveis.

5. É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso, garantindo em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

6. 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 do direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

7. Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, 3 e 4. Artigo 232 – Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (BRASIL, 1988).

Já no segundo, segundo Freitas (2014), versa sobre a capacidade processual aos indígenas, ao trazer expresso que: os índios, suas comunidades e organizações, são partes legítimas para ingressar em juízo, em defesa dos seus direitos e interesses.

No entanto, conforme afirma Oliveira (2006), com a Constituição Federal de 1988 rompeu-se a perspectiva integracionista estabelecida desde o SPI. As terras indígenas seriam definidas desde então como aquelas que possibilitam a reprodução dos índios, isto é, aquelas necessárias a sua preservação física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

A ideia de incorporação dos índios à comunhão nacional, como estabeleciam as constituições anteriores fica superada, pelo novo olhar constitucional, a cultura dos não índios deixa de ser a única forma de cultura válida (LEITÃO, 1993).

Com a positivação destas normas não ocorreu a pacificação territorial Indígena. Embora houvesse demarcações de grandes números de Terras Indígenas, permaneciam divergentes quanto à interpretação do que seriam as terras tradicionalmente ocupadas e o desejo dos indígenas, principalmente na região sul do Brasil, onde as terras que há mais de um século foram consideradas pelos Estados como devolutas e, posteriormente vendidas para os colonizadores onde permanecem e vivem até os dias de hoje agricultores descendentes de imigrantes, na sua grande maioria pequenos e médios proprietários, desenvolvendo atividades de cunho familiar. (PEREIRA E KUJAWA, 2014).

Este processo, assim como em outros períodos históricos, demonstra-se contraditório, pois da mesma forma como o Estado no século XIX confinou os índios em aldeias cada vez menores através de um processo de convencimento e às vezes de violência. Por um lado, conforme afirmam Pereira e Kujawa (2014), é possível identificar regiões onde o processo de ocupação ocorreu por iniciativa do próprio estado em projetos de colonização há muito tempo. Por isso, consideramos fundamental abordar alguns elementos sobre o processo de colonização da região

norte do Rio Grande do Sul, local onde tem se intensificado os conflitos na última década.

3.2 Da ocupação das terras indígenas no Brasil

Para Villares (2009) as terras indígenas são aquelas de ocupação tradicional, um vínculo de fato, independente do Estado e da legitimação do processo demarcatório, criações, jurídicas.

No entanto, Gomes e Lozer (2017), entendem que as terras ocupadas pelos índios são de propriedade plena da União. Os povos indígenas possuem somente o direito possessório, o poder de gozar exclusivamente de tais áreas demarcadas pela União.

Segundo Inéia (2014), para os índios, a terra possui que significado que não se assemelha a propriedade privada ou individual. A terra é vista como um suporte da vida, ligada ao conhecimento e as crenças, ou seja, não é apenas um simples meio de sustento. Ressalta ainda, que a terra não é apenas um recurso cultural, mas um recurso sociocultural.

No entendimento de Di Pietro (2014), as terras indígenas são consideradas bens públicos de uso especial. Ainda, afirma que podem ser alienados com observância dos requisitos legais tendo em vista o princípio do interesse público.

Desse modo, a doutrinadora Di Pietro (2014, p. 775) preleciona:

Os direitos que a Constituição assegura aos índios sobre as terras são a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2º). A posse não é a de que trata o Código Civil; “não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria”. É, em substância, aquela *possessio ab origine* que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material do homem com a coisa, mas um poder, um senhorio (DI PIETRO, 2014, p 775).

Concorda Nader (2014) quando afirma que por disposição constitucional, os povos indígenas possuem o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras em que tradicionalmente ocupam destinadas à sua posse permanente.

Nesta concepção, segundo Gomes e Lozer (2017), as terras ocupadas pelos índios não poderão ser objetos de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena.

Ainda, Nader (2014, p. 351-354) relata que:

Em comum o direito de propriedade o usufrutuário tem o direito de usar e fruir da coisa, mas somente aquele que dispõe do *jus abutendi*, que o permite destruir, em princípio, ou alienar o objeto de seu domínio. Enquanto este é perpétuo, o direito do usufrutuário é essencialmente temporário. O usufrutuário não está impedido, por outro lado, de alienar os frutos já percebidos, uma vez que passaram a integrar o seu patrimônio. Diferentemente ocorre em relação aos frutos pendentes, caso em que estará impedido de aliená-los. Nada impede, outrossim, que, ainda não colhidos, sejam objeto de promessa de venda condicionada à aquisição do domínio (NADER, 2014, p. 351-354).

Considerando a visão de Gomes e Lozer (2010), cabe a União fazer a demarcação das terras em que existe ocupação de forma tradicional dos povos indígenas. Porém, para que isto ocorra há a necessidade de um regulamento específico, uma vez que a Carta Maior só traça a competência para fazer as demarcações, e não diz quais os procedimentos a serem adotados.

Quanto ao regulamento específico, Gomes e Lozer (2017) elucidam que o decreto 1.775 da Lei 6.001/73 estabelece que as terras devem ser demarcadas por iniciativa e sob a orientação da Funai – Fundação Nacional do Índio.

4 ANÁLISE JURÍDICA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE NOS CONFLITOS ENTRE INDÍGENAS E AGRICULTORES

Este capítulo tem por razão fazer um rápido resgate da história do direito territorial indígena, estabelecidos nas diferentes normas presentes no âmbito jurídico brasileiro, demonstrando seus aspectos ambíguos e contraditórios e avaliando em que medida este processo contribui para compreensão social vivida na atualidade, buscando levantar aspectos que demonstram o risco de inconstitucionalidade desta política pública.

A constitucionalidade da demarcação fica desmoralizada em um momento em que outras culturas estão prejudicadas e esfaceladas. Perante isso a cultura indígena vem sendo colocada acima de outras por causa de um estado falho que em sua missão de igualdade falhou, no passado, em deixar a cultura indígena de lado e, está falhando agora em deixar a cultura colonizada sem o seu marco inicial que é a sua propriedade.

Villares (2013, p. 23) faz o seguinte apontamento:

O reconhecimento dos sistemas jurídicos dos povos indígenas e suas autoridades não é uma concessão do direito estatal. Trata-se do reconhecimento pelo Estado de que o desenvolvimento da sociedade inclui os povos indígenas, respeitadas suas peculiaridades. O Estado é construído em bases mais sólidas se todas as culturas que o compõem se desenvolvem igualmente. Aceitar a pluriculturalidade não significa esfacelar ideia de um Estado unitário, com a separação de territórios ou Estados indígenas, mas compreender que cada ser humano que o integra possa viver plenamente sua cultura. O próprio Estado democrático, ao aceitar a cultura e os sistemas jurídicos particulares de cada povo que vive sob sua proteção, ganha legitimidade, não pela força, mas pela consciência dos cidadãos de se organizarem por regras que promovam o desenvolvimento e o progresso de todos, num processo de coesão e unificação do povo (VILLARES, 2013, p. 23).

O princípio da proporcionalidade tem sido muito usado pelo direito a fim de controlar os atos lesivos do estado por sua ação e omissão, defendendo o direito igualdade de suas culturas. No entanto, atuou de forma positivada, criando uma realidade jurídica injusta, que infelizmente trouxe reflexos sociais e jurídicos para o momento atual, mas quando analisamos a aplicação da nossa constituição no caso específico, além da análise literal, devemos dar atenção para os princípios constitucionais que embasam as aplicações dos diversos artigos da Constituição Federal e que devem dar a devida garantia aos direitos também do descendente de

colono imigrante. Neste contexto, assevera Bonavides (2004) que o princípio da proporcionalidade é mais fácil de compreender do que de definir.

A aplicação do princípio da proporcionalidade deu-se de forma apriorística, ou seja, o constituinte, ponderando os interesse em choque, determinou que constituem bens da União as terras tradicionalmente ocupadas por índios. Com isso, faz prevalecer, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana em face do direito de propriedade (ALMEIDA et al, 2005).

Deste modo, conforme a atual proteção conferida ao índio, Almeida et al (2005) afirmam que caberia ao Poder Judiciário tão-somente conferir aplicabilidade prática às normas constitucionais. Para os autores, o poder constituinte originário, antevendo e solucionando os conflitos que poderiam surgir, já determinou que, havendo choque entre o direito de propriedade e a preservação das comunidades indígenas, deverá prevalecer esta.

No que tange aos Direitos Fundamentais, Sarlet (2012) afirma que podem ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos ou de particulares, reduzindo ou eliminando o acesso ao bem jurídico protegido, afetando seu exercício e/ou diminuindo deveres estatais que resultam em garantias fundamentais. Isto se refere à omissão do Estado perante as populações Indígenas, que agora resultam constantes conflitos por áreas adquiridas de maneira lícita por colonizadores.

Stefanini (2013) destaca que o Direito obrigado aos indígenas e o respeito à sua cultura devem ser observados por vistas da constituição, onde a mesma admite benesses injustificadas, que os põem em princípio de proporcionalidade com os demais brasileiros, em direito e deveres, nas atividades que passam a exceder a preservação de seus valores culturais e tradições.

De acordo com Kujawa e Tedesco (2014), em um contexto de redemocratização, de fortalecimento dos movimentos sociais e da sociedade civil como um todo, em seus artigos 231 e 232, a Constituição de 1988 garante um capítulo específico para o direito indígena.

O Rio Grande do Sul é um dos estados que mais possui conflitos entre indígenas e agricultores. É no norte do estado que se concentra o maior número e os que mais produzem conflitualidades sociais (KUJAWA E TEDESCO, 2014).

4.1 Argumentos dos indígenas X Argumentos dos Agricultores

Os argumentos centrais que embasam a luta indígena giram em torno das ações que, segundo eles, produziram o esbulho (expulsão pela força) e expropriação, em alguns períodos históricos.

Conforme traz Kujawa e Tedesco (2014), os índios defendem e justificam a necessidade do reequilíbrio ecossistêmico através da agricultura tradicional e, entendem serem contemplados pelo direito à tradicionalidade de ocupação.

Neste mesmo contexto enfatizam a existência de registros da memória material e imaterial presente nos territórios demandados. Expressam essas memórias principalmente nas narrativas de ancestrais e nos agrupamentos parentais oriundos de antigos líderes indígenas que ali viviam (KUJAWA E TEDESCO, 2014).

Não obstante, conforme citam Kujawa e Tedesco (2014), os indígenas argumentam que, na questão da terra, historicamente, houve favorecimento aos agricultores em detrimento dos indígenas. Diante deste argumento, entendem, portanto, que estaria na hora do estado promover ações em prol desses, os quais, segundo eles, eram os verdadeiros donos da terra.

Quanto aos argumentos dos agricultores, estes dão ênfase ao fato de serem sujeitos de direitos, visto que houve a legitimação para a aquisição da terra (KUJAWA E TEDESCO, 2014).

Nesta mesma concepção, Kujawa e Tedesco (2014) dizem que os agricultores atestam a não presença indígena no período da colonização ou quando da aquisição das terras. É com base nisso que os agricultores defendem que os índios que, tenham vivido na região, em algum período histórico, foram aldeados através da normatização da esfera pública.

Ainda, segundo Kujawa e Tedesco (2014), os mesmos entendem que os processos de colonização foram efetuados sem conflitos e com o aval da esfera pública, visto que não há nenhuma prova e/ou evidência histórica, que dão ciência a algum tipo de relação de esbulho indígena na região.

Um dos principais argumentos gira em torno do fato de que, na sua maioria, são agricultores familiares, produtores de alimentos e que não promovem desequilíbrios ambientais (KUJAWA E TEDESCO, 2014). Consideram ainda, que a produção de alimentos proveniente desse extrato produtivo é de fundamental importância para o país.

Cabe ressaltar que no entendimento dos agricultores, a solução para o problema estaria na criação de novas reservas, sem causar danos, tensões sociais, culturais e econômicas entre os grupos que estão em conflito e, sem desapropriar os que já estão legitimamente na terra (KUJAWA E TEDESCO, 2014).

Percebe-se, conforme elucidam Kujawa e Tedesco (2014), que os argumentos são múltiplos para ambos os envolvidos e, somados a esses, estão também as suas polêmicas em torno do conflito, fato esse que revela a complexidade do tema, principalmente em suas justificativas jurídicas, administrativas, econômicas e culturais.

O fato é que a demarcação de terras indígenas tem gerado muita discussão e ganhado maior relevância no cenário político nacional principalmente pelo crescimento do agronegócio.

Considerando a hipótese de ignorar o marco temporal estabelecido para definir quais terras são indígenas, teríamos que desconsiderar a existência de colonos imigrantes, cidadãos brasileiros protegidos em seus direitos, principalmente pelo artigo 5º da Constituição Federal. Neste caso, a aplicação literal do parágrafo acima, demonstra uma grande lacuna constitucional, que contraditoriamente levará, assim como em outros momentos históricos, a produção de uma dívida social com os agricultores promovendo, consequentes, conflitos e injustiças sociais similares às produzidas pela ação e omissão do estado em relação os povos indígenas ao longo dos tempos.

É surpreendente a afirmação de que será nula a posse e domínio destas áreas que a mais de um século gozam de fé pública, contudo, mais surpreendente é o fato de o estado, representado pelo legislador não ter percebido o grande vazio constitucional que estava criando, com consequências sociais negativas, pois agora, um século depois, o próprio Estado que vendeu ao colono imigrante as terras, conforme a tradição por um contrato bilateral de compra e venda, comunica ao descendente da outra parte, que aquele negócio não podia ter sido feito e toma de volta para si a terra, sem indenização da mesma, apenas de benfeitorias.

4.2 Área de conflitos no Estado do Rio Grande do Sul

Segundo Brandão (1995) para os atores sociais envolvidos nos conflitos, a terra carrega consigo horizontes amplos, simbólicos e materiais, econômicos e culturais.

Na visão de Carini (2005), a luta pela terra se alimenta tendo em vista a consciência da ruptura e da (des)integração coletiva, comunitária e individual de ambos os grupos envolvidos – indígenas/agricultores.

É sabido que os conflitos e tensões que giram em torno da terra ocorrem há muito tempo e são visíveis e intensas em todo o país. Em especial, no norte do Rio Grande do Sul os conflitos continuam sendo muito presentes.

Conforme Traz Kujawa e Tedesco (2014), na região de Passo Fundo, num raio de duzentos quilômetros, existem treze acampamentos indígenas, os quais estão em estágios diferenciados no processo administrativo de identificação, delimitação e demarcação de área indígena desenvolvida pela FUNAI e/ou Ministério da Justiça. As áreas reivindicadas, segundo Kujawa e Tedesco (2014, p. 68) são:

Votouro/Kandóia (municípios de Faxinalzinho e Benjamin Constant), Mato Preto (municípios de Getúlio Vargas, Erebango e Erechim), Passo Grande do Forquilha (municípios de Sananduva e Cacique Doble), Cacique Doble (município de Cacique Doble), Campo do Meio (municípios de Gentil, Marau e Ciríaco), Mato Castelhana (município de Mato Castelhana), Carreteiro (município de Água Santa), Pontão (município de Pontão), Novo Xingu (municípios de Constantina e Novo Xingú), Inhacorá (município de São Valério), Rio do Índios (município de Vicente Dutra), Nonoai (município de Nonoai) (KUJAWA E TEDESCO, 2014, p. 68).

Os motivos dos conflitos atuais possuem raízes históricas, objetivamos fazer uma breve reconstituição histórica de políticas territoriais que resultaram, simultaneamente, no processo de colonização da região norte do Rio Grande do Sul. Consistem também, na criação, redução/extinção e restabelecimento de áreas indígenas e na reivindicação da criação de novas áreas indígenas, com a intenção de compreender os diferentes contextos bem como as motivações que impulsionaram a atuação dos sujeitos (Estado, agricultores e indígenas) envolvidos (KUJAWA E TEDESCO, 2014).

De acordo com o apontamento de Tedesco (2013), no estado gaúcho, a fronteira agropecuária avançou sobre as terras indígenas nas primeiras décadas do

século XX, em decorrência de políticas públicas que modernizaram a agricultura, favorecendo a formação de latifúndios, gerando pobreza e a perda da terra de pequenos agricultores.

Visando solucionar o problema da falta de terra dos agricultores, Kujawa (2014) afirma que o governo entregou as terras que eram demarcadas como áreas indígenas para assentamentos de pequenos agricultores. Com base nessa decisão iniciaram-se os conflitos, no qual diversos atores se encontram em disputa em torno da demarcação de terras no norte do Rio Grande do Sul.

As demarcações das terras indígenas ocorreram por ordens do governo estadual entre 1908 e 1920. Conforme afirma Laroque (2005), o Rio Grande do Sul tinha nesse período, 12 áreas de aldeamento Kaingang, sendo elas: Inhacorá, Guarita, Nonoais (duas aldeias), Fachinal, Caseros, Ligeiro, Carreteiro, Ventarra, Erechim, Votouro e Lagoão.

A Terra Indígena Votouro, por exemplo, foi demarcada em 1918 com uma área de aproximadamente 3.100 hectares. Já, no ano de 2000, teve sua área homologada por meio de Decreto Federal, com registo em cartório de 3.341,10 hectares (VIEIRA, 2014).

Na década de 1990, a maior das lideranças indígenas era oriunda da aldeia de Nonoai, assim como, a maioria dos agricultores de acampamentos implantados na região a partir de 1979, era intrusa da reserva de Nonoai (TEDESCO, 2012). Os índios da reserva de Nonoai decidiram expulsar, mesmo com uso da força física, os intrusos de suas terras, o que acabou sendo um expediente utilizado pelas partes, uns insistindo na retomada da terra, os índios, e outros resistindo à perda da terra, os posseiros (TEDESCO, 2012). O conflito se deu entre índios e colonos, apesar dos índios retiraram também madeireiros e arrendatários de suas terras. Na ocasião, foram em torno de 1.000 famílias expulsas.

Em Faxinalzinho, o conflito agrário evidencia a complexidade da tomada de decisões devido aos distintos direitos e interesses que se contrapõem, assim como as consequências decorrentes dessa situação. Durante a ação de demarcação de terras em abril de 2014, por exemplo, o conflito resultou em mortes (VIEIRA, 2014).

Vieira (2014) afirma que o jogo de demarcações de terras indígenas iniciou-se quando o grupo Kaingang, saído da reserva de Votouro e Serrinha, reclamou a posse de 14 mil hectares no município de Faxinalzinho, denominando-se Acampamento Candoia. Em 2006, juntamente com a Comunidade de Votouro,

decidiu-se encaminhar a reivindicação de demarcação como recuperação territorial da Terra Indígena Votouro (FUNAI, 2009), sendo as lutas das Aldeias Votouro e da Aldeia Candoia unificadas. Nessa reivindicação, as estradas foram bloqueadas entre os municípios vizinhos e o centro da cidade de Faxinalzinho, ocasionando, nesta ocasião, incidentes com os agricultores.

Henrique Kujawa concedeu uma entrevista à IHU On-Line por e-mail, onde, em sua avaliação, os fatos históricos e a relação do Estado gaúcho com os indígenas e os agricultores devem estar em perspectiva para compreender o que acontece hoje. Na entrevista, Kujawa pontua que:

"O conflito é do modelo agrário desenvolvido pelo Estado, principalmente no último século, em que destina a mesma terra, em momentos diferentes, para índios e para agricultores. O conflito é da política indigenista, que desde o tempo do Serviço de Proteção aos Índios - SPI, e que continua hoje com a FUNAI, vem questionando as terras indígenas de forma equivocada, o que não contribui para um etnodesenvolvimento a partir da realidade concreta que os indígenas vivem" (IHU ON-LINE – KUJAWA, 2014).

Nesta mesma entrevista, Kujawa (2014) enfatiza:

Num raio de 200 quilômetros de Passo Fundo, há 13 acampamentos indígenas que reivindicam a demarcação de novas terras indígenas, num movimento que os têm denominado de "retomada" e que possui organização de indígenas (conselho de caciques), apoio de organizações indigenistas, da igreja e da FUNAI. Uma das possíveis especificidades da realidade gaúcha é que estas demandas indígenas estão ocorrendo em região densamente povoada por agricultores familiares que estão nestas terras secularmente, sendo, portanto, o impacto da criação de terras indígenas muito diferentes de outras partes do Brasil (IHU ON-LINE – KUJAWA, 2014).

Kujawa (2014) juntamente do professor Dr. Aldomar Rückert, realizou estudos no qual a média das propriedades não ultrapassa os 20 hectares por família. O autor exemplifica três casos: Votouro/Kandoia – município de Faxinalzinho e Benjamin Constant do Sul; Mato Preto – município de Getúlio Vargas, Erebangó e Erechim; Passo Grande do Forquilha – município de Sananduva e Cacique Doble. Justifica, desse modo, a demarcação de menos de dois mil hectares, como no caso do Passo Grande do Forquilha, atinge mais de 170 famílias.

Em outra pergunta realizada pelo IHU On-Line, Henrique Kujawa (2014) reverencia a importância de se lembrar da história dos conflitos territoriais no Rio Grande do Sul. Segundo ele:

Historicamente vivenciamos conflitos entre os modelos latifundiários e o da colonização minifundiária; entre os projetos de barragem e dos agricultores familiares atingidos; entre os sem terra e o latifúndio. O que é novo neste caso, nas últimas décadas, é o conflito entre indígenas e agricultores familiares. Para entendermos melhor estes últimos, penso que é fundamental resgatarmos quatro momentos distintos no último século:

a) de 1911-1918, o governo do RS criou 11 áreas indígenas na região Norte do Rio Grande do Sul, loteando e vendendo lotes agrícolas em colônias públicas para agricultores, principalmente, descendentes de imigrantes;

b) nas décadas de 1940-1960, algumas áreas indígenas demarcadas estavam em grande medida ocupadas por agricultores que faziam suas roças e pagavam parte para os indígenas e/ou para os funcionários do governo, por isso o Governo do RS faz reforma agrária em terras indígenas, vendendo parte delas para agricultores no Governo Leonel Brizola (1959/1963), como é o caso de áreas em Nonoai e Serrinha;

c) na década de 1990, seguindo a Constituição de 1988, que garante a demarcação das terras, as áreas que tinham sido vendidas para os agricultores na década de 1960 são devolvidas para os indígenas, que recuperam legal e legitimamente as áreas historicamente demarcadas, algumas de grande extensão, como é o caso de Serrinha, que tem 11 mil hectares;

d) na última década os indígenas passam a reivindicar as terras que nunca foram demarcadas oficialmente como indígenas e, na sua maioria absoluta, foram vendidas pelo Estado a agricultores nas primeiras décadas do século XX. Portanto, os atuais conflitos territoriais são completamente diferentes dos que ocorreram na década de 1990 e se dão sobre terras secularmente escrituradas pelo Estado do Rio Grande do Sul ou por ele reconhecidas e ocupadas por agricultores (IHU ON-LINE – KUJAWA, 2014).

Dentre as terras demarcadas e as que ainda estão em processo de homologação, Kujawa (2014) cita que são muitos pontos de tensão social, sendo alguns deles mais recentes e outros nos quais os indígenas já estão acampados há mais de 10 anos, como é o caso de (Votouro/Kandoia, Mato Preto, Passo Grande do Forquilha e Rio dos Índios). Segundo o autor, nestes mais antigos é que se presencia a maior tensão, mas é importante frisar que se não houver uma proposta concreta de solução, a tendência é haja o acirramento do conflito em todas elas.

Na entrevista, o IHU On-Line pergunta qual seria a melhor solução para se resolver tal conflito. Diante de tal, Henrique Kujawa se posiciona sob três perspectivas:

A primeira delas é o Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) fazer um esforço para acordar uma interpretação do direito constitucional indígena, principalmente no tocante ao entendimento do que seja ocupação tradicional.

Segundo: regulamentar o processo administrativo de identificação e delimitação de terras indígenas principalmente quanto ao papel cumprido pelos laudos antropológicos; a revisão da exclusividade da FUNAI na condução do processo e, inclusive, no julgamento do contraponto dos agricultores; na capacidade de reconhecer as especificidades regionais, principalmente quando envolve regiões de colonização intensiva e de

agricultores familiares; no estabelecimento de transparência e de instituição de espaços formais de diálogo e mediação.

Terceiro: precisa-se discutir de forma aprofundada a política territorial indigenista desenvolvida pelo Estado brasileiro. Será que ela está atenta, efetivamente, às necessidades atuais dos indígenas? Será que ela não está permeada por uma visão romântica de que o índio vai viver como nos séculos passados? É verdade que o índio, genericamente, tem uma relação diferente com a terra. Sobretudo, será que a atual necessidade de ampliação de terras dos índios do norte do Rio Grande do Sul possui apenas a motivação do vínculo tradicional, ou estão presentes também as atuais necessidades econômicas? Refletir sobre essas questões poderá contribuir para romper com a lógica de que o vínculo tradicional é a única forma de o indígena ter acesso a mais terra, e ao mesmo tempo enxergar a existência dos agricultores familiares, e entender que o reconhecimento do direito de um não precisa, necessariamente, da negação do direito do outro (IHU ON-LINE – KUJAWA, 2014).

Ainda, na visão de Kujawa (2014), é fundamental que estas mudanças tornem mais criteriosas as instaurações de processos administrativos de identificação e delimitação de terras indígenas e que, uma vez instaurados, eles sejam mais rápidos. É importante que desde o início do processo se estabeleça, com precisão, o que vai acontecer com os índios e com os agricultores no final do processo, tendo uma solução clara para os dois grupos, independente do resultado do processo. Com isso, visa-se evitar a atual lógica de que, se a terra for definida como indígena, os agricultores ficarão na “rua da amargura” e, caso defina-se como dos agricultores, os indígenas ficarão morando embaixo de lonas.

Fica evidente que os constantes avanços, da constituição cidadã, de maneira especial no que tange aos indígenas e seus direitos, não podem deixar de observar os limites para com os demais brasileiros, não podendo os direitos indígenas mais valorado.

5 CONCLUSÃO

Os conflitos existentes entre o direito de propriedade e o processo de demarcação de terras indígenas estão diretamente atrelados às injustiças históricas, para ambos os sujeitos. Em meio ao clima de tensão, só o sentimento de injustiça une índios e agricultores, não restando dúvidas de que não se pode promover uma justiça criando outra injustiça.

Estes conflitos colocam em discussão um conjunto de processos que dimensionam horizontes políticos, jurídicos e sociais e, requerem soluções não parciais e/ou paliativas que seja expressiva de um grande problema social que necessita ser enfrentado em suas raízes históricas, mas tendo presente os referenciais da sociedade atual, não polarizando as partes envolvidas – indígenas e agricultores.

O Brasil é reconhecido pela enorme desigualdade social e pela histórica concentração de terra. Neste sentido, torna-se evidente que o país tem problemas em fazer cumprir o que está estabelecido na Lei. A histórica questão agrária, marcada por desigualdades e ilegalidades compromete o desenvolvimento do país como um todo.

A disputa entre agricultores e indígenas marcadas em diversos estados da federação deve-se especialmente, pela ineficiência da União no cumprimento das leis, sobretudo, as leis referentes ao uso à posse de terras, como a Lei de Terras e a própria Constituição Brasileira de 1988.

Entende-se, ainda, que os impactos sociais e culturais da demarcação de uma terra indígena em regiões de latifúndio e daquelas em regiões de pequenas propriedades de cunho familiar são diferenciados, também não se pode tratar todos os agricultores como intrusos ou ilegítimos no processo de aquisição da propriedade.

Espera-se que os conflitos não resultem em mortes e assassinatos, a exemplo do que ocorreu em Faxinalzinho no norte do estado do Rio Grande do Sul, em maio de 2014. Espera-se que o exemplo seja utilizado de forma positiva e que a partir dele se obtenham avanços não só nos aspectos legais, mas também na valorização aos diferentes e distintos povos e as culturas envolvidas.

Por fim, faz-se necessário que se entenda que uma forma de erradicar, ou pelo menos, diminuir os conflitos entre o direito de propriedade indígena e particular,

deveria haver menos distinção entre os povos indígenas e civilizados, tratando-os de forma igualitária, fazendo-se com que todos façam parte de uma mesma sociedade civilizada, começando a coibir-se o surgimento desses conflitos na melhor dicção do artigo 5º da Constituição Federal, tratando todos de maneira igualitária.

Em razão a escassez de uma bibliografia jurídica sobre o tema, é preciso ter presente a necessidade de que os operadores do direito tenham uma compreensão adequada das especificidades relativas às disputas, em especial, a identificação dos direitos fundamentais envolvidos nos conflitos e sua forma de harmonização, detectando sua efetividade como instrumento de pacificação social.

Estas e outras questões, ainda pouco exploradas pela doutrina brasileira, podem constituir relevante contribuição não só aos operadores do direito em matéria tão pouco estudada, bem como aos demais ramos das ciências sociais que tenham especial interesse na matéria.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Adriana Vital Silva. **Evolução histórica dos direitos indígenas**. São Paulo: 2015.

ALMEIDA, Alisson da Cunha; CASTRO, Artur Soares; NETO, José Moreira da Silva; FURTADO, Leonardo Fernandes. **Demarcação de terras indígenas**. II Seminário sobre atuação da AGU nas questões indígenas. 07 de dezembro de 2005. Escola da Advocacia-Geral da União em Brasília.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **Evolução do Direito de Propriedade ao longo dos Textos Constitucionais**, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Roberta Chaves. **Direito de Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. Universidade Vale do Acaraú - UVA. Fortaleza, 20 de Julho de 2009.

BRANDÃO, C, R. **Partilha da vida**. São Paulo: Cabral Editora, 1995.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824**.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. , DF: Senado Federal, 1946.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. , DF: Senado Federal, 1967.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. , DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Alvará de 1º de abril de 1680. In: **Lei de 6 de junho de 1755**. Para se restituir aos índios do Pará e Maranhão a liberdade de suas pessoas e bens. Disponível em: <<http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt>>. Acesso em: 20 mai. 2018

CANDEIA, Rodinei. Há solução jurídica para a demarcação de áreas indígenas. 4 de dezembro de 2013. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-dez-04/rodinei-candeia-solucao-juridica-demarcacao-areas-indigenas>> Acesso em: 24 set. 2018.

CARINI, Joel João. Estado, índios e colonos: o conflito na reserva indígena de Serrinha no norte do Rio Grande do Sul. Passo Fundo: UPF, 2005.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e Ambiental da Propriedade**, Florianópolis: Visualbooks, 2003.

CHRISTILLINO, C. L. **A tensão nos ervais: a resistência dos homens livres e pobres frente ao avanço da imigração no Rio Grande do Sul**. Saeculum, UFPB, v. 18, p. 143-160, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 5 ed, Rio de Janeiro: Forense, 1973.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **História dos Índios do Brasil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Schwarcz Ltda, 2009.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 6 set. 2018.

FERRAZ JR. **Introdução ao estudo do direito**, São Paulo, 2001.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A Demarcação de Terras Indígenas e seu Fundamento Constitucional**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, N. 3, jan./jun. – 2004.

FREITAS, Guilherme. **O cerco aos índios na ditadura e na democracia**. O Globo, Rio de Janeiro, 12 de abril de 2014. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/530270-o-cerco-aos-indios-na-ditadura-e-na-democracia>> Acesso em: 18 set. 2018.

FUNAI. Fundação Nacional do Índio. **Direito Originário – Demarcação de Terras**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-26-02>> Acesso em 24 set. 2018.

IHU – Instituto Humanas Unisinos. **RS: “O conflito não é entre agricultores e indígenas, mas da política indigenista”.** Entrevista especial com Henrique Kujawa. Por Patricia Fachin. Em 03 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/531933-indigenas-e-agricultores-no-rs-o-conflito-e-da-politica-indigenista-entrevista-especial-com-henrique-kujawa>> Acesso em: 28 set. 2018.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A Cidade Antiga.** Tradução. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Versão para eBook. Disponível em: <http://ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>. São Paulo: EDAMERIS, 1961.

GOMES, B. & LOZER, M. (2017). **Conflito material do direito de propriedade indígena.** Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 20, 39, 55-71. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.2723>. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v20n39/v20n39a05.pdf>> Acesso em: 08 set. 2018.

INÉIA, Cíntia Pires. **CONFLITO, TERRITÓRIO E IDENTIDADE: O CASO DOS INDÍGENAS GUARANI DE GUAÍRA/PR.** VII Congresso Brasileiro de Geógrafos. Vitória/ES. Agosto de 2014. Disponível em: <http://www.cbg2014.agb.org.br/resources/anais/1/1404165727_ARQUIVO_CONFLITO_TERRITORIOEIDENTIDADE-CBG.pdf> Acesso em: 24 de set. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUJAWA, Henrique; TEDESCO, João Carlos. **Demarcações de Terras Indígenas no Norte do Rio Grande do Sul e os Atuais Conflitos Territoriais: Uma Trajetória Histórica de Tensões Sociais.** Tempos Históricos. Volume 18. 2º Semestre de 2014. p. 67-88 ISSN 1517-4689 (versão impressa). 1983-1463 (versão eletrônica).

LAROQUE, Carlos. Liderança Indígena culpa ministro da Justiça por derramamento de sangue em Faxinalzinho (RS). Realização de Carlos Latuff. Faxinalzinho, 30 abr. 2014. (5 min.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=t1PWB0mGBLw>> Acesso em: 18 set. 2018.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil.** Porto Alegre/Santa Cruz do Sul: Livraria do Advogado/Edunisc, 1998.

LEI 6.001. (1973). Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm> Acesso em: 18 set. 2018.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. **Direitos Culturais dos povos Indígenas – Aspectos do seu reconhecimento.** In: Juliana Santilli. Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: NDI/Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 225-240.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARX, Karl. **O capital: extratos por Paul Lafargue.** Tradução: Abguar Bastos. 2ed. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2005.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, A. Gursen de. **Da propriedade individual à propriedade social,** 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 10a ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NADER, P. **Curso de direito civil. v. 4: direito das coisas** (6a ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil.** Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. (Série Vias dos Saberes, n. 2).

PEREIRA, Verildo; KUJAWA, Henrique. **A História do Direito Territorial Indígena e a (In) Constitucionalidade na Demarcação de Terras no Centro Norte do RS.** Faculdade Meridional – Imed – Passo Fundo – Curso de Direito. 2014.

QUEIROZ, Paulo Eduardo Cirino de. **A construção da Teoria do Indigenato: do Brasil colonial à Constituição republicana de 1988.** 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-construcao-da-teoria-do-indigenato-do-brasil-colonial-a-constituicao-republicana-de-1988,43728.html>> Acesso em: 24 set. 2018.

RENTERÍA, Pablo Valdemar. DANTAS, Marcus. Propriedade (verbete). In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito,** São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Editora UNISINOS; Editora Renovar, 2006.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos Sobre o Direito. Indigenista.** Curitiba: Editora Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STEFANINI, Luiz de Lima. **Código Indígena no Direito Brasileiro**. Curitiba: ed. Juruá, 2012.

TEDESCO, J.C.; VANIN, J. 2012. **Ações coletivas de luta pela terra e de defesa de modos de vida: índios, comunidades negras e colonos no norte do RS, um histórico de conflitos**. In: J.C. TEDESCO; H. KUJAWA, *Conflitos agrários no norte Gaúcho: índios, negros e colonos*. Passo Fundo/Porto Alegre, IMED/Letra & Vida, p. 11-56.

TEDESCO, João Carlos; KUJAWA, Henrique (Org.). **Conflitos agrários no norte do Rio Grande do Sul: negros, índios e colonos**. Porto Alegre/Passo Fundo: Letra & Vida/Ed. IMED, 2013.

VIEIRA, Anelise Alves. **Disputas na Demarcação de Terra Indígena no Norte do Rio Grande do Sul: O conflito de Faxinalzinho**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Porto Alegre, 2014.

VILLARES, L. F. (2009). **Direito e povos indígenas**. Paraná: Juruá. 2009.

VILLARES, Luiz Fernando, **Direito e Povos Indígenas**. São Paulo: ed. Juruá, 2013.