



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**ODAIR FERREIRA DE SOUSA**

**ESTUDO COMPARATIVO DO ESTATUTO DO ÍNDIO EM FACE DA  
DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS  
INDÍGENAS E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**BRASÍLIA  
2022**

**ODAIR FERREIRA DE SOUSA**

**ESTUDO COMPARATIVO DO ESTATUTO DO ÍNDIO EM FACE DA  
DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS  
INDÍGENAS E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

**BRASÍLIA  
2022**

**ESTUDO COMPARATIVO DO ESTATUTO DO ÍNDIO EM FACE DA  
DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS  
INDÍGENAS E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

**BRASÍLIA, 27/06/2022**

**BANCA AVALIADORA**

**Professor(a) Orientador(a)  
Dr. André Pires Gontijo**

**Professor(a) Avaliador(a)  
Dra. Karla Margarida Martins Santos**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por me dar forças para persistir e superar os desafios dos estudos.

Agradeço à minha esposa Joana pelo carinho e apoio incondicional, e aos meus filhos, Bruno e Patrícia, pelo permanente incentivo.

Ao Professor André Pires pelo apoio e sabedoria com que conduziu orientação para os objetivos deste trabalho.

Ao Centro Universitário de Brasília, em especial seus professores com os quais convivi, pela excelência na oferta de recursos e conhecimento.

A todos aqueles que contribuíram para o sucesso desta etapa da minha vida, o meu  
Muito Obrigado!

## RESUMO

Será apresentado estudo comparativo da Legislação relativa aos direitos dos indígenas, em especial o Estatuto do Indígena - lei 6.001/73, a Constituição Federal de 1988, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de setembro de 2007. Será utilizada pesquisa bibliográfica nos dispositivos jurídicos elencados, na legislação infraconstitucional e na literatura sobre os atuais direitos dos indígenas em face da situação brasileira. Quando necessárias para a contextualização de eventos atuais, serão citadas como base de estudo questões afetas aos povos indígenas do Mato Grosso do Sul, com ênfase ao período de 2012 a 2022. Serão abordados aspectos de fato e de direito da jurisprudência nacional e internacional quanto a decisões judiciais já proferidas.

**Palavras-chave:** Direitos Indígenas. Estatuto do Indígena. Constituição Federal. Declaração das Nações Unidas. Jurisprudência. Legislação.

## **ABSTRACT**

A comparative study of the legislation on indigenous rights will be presented, in particular the Indigenous Statute - law 6001/73, the Federal Constitution of 1988, and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, of September 2007. Bibliographic research will be used in the legal provisions listed, in the infraconstitutional legislation and in the literature on the current rights of indigenous people about the current Brazilian reality. When necessary for the contextualization of current events, issues related to the indigenous peoples of Mato Grosso do Sul will be cited as a basis for the study, with emphasis on the period from 2012 to 2022. Aspects of fact and of law of national and international jurisprudence will be addressed regarding judicial decisions already rendered.

**Keywords:** Indigenous Rights. Indigenous Statute. Federal Constitution. United Nations Declaration. Jurisprudence. Legislation.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 A PROBLEMÁTICA INDÍGENA NO BRASIL .....</b>	<b>12</b>
2.1 BREVE HISTÓRICO E CONSIDERAÇÕES.....	12
2.2 SITUAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL.....	13
<b>3 POLÍTICAS PÚBLICAS E INSTITUCIONAIS.....</b>	<b>15</b>
3.1 O PAPEL DO ESTADO NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS DE DEFESA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS FRENTE A DESIGUALDADE.....	15
3.2 PRINCIPAIS ORGANIZAÇÕES E TRATADOS INTERNACIONAIS DO SISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DOS INDÍGENAS.....	16
3.3 RELATÓRIO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	17
<b>4 ESTRUTURA DA LEGISLAÇÃO.....</b>	<b>21</b>
4.1 LEI Nº 6.001, DE 19/12/1973 - ESTATUTO DO ÍNDIO.....	21
4.2 DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS.....	22
4.3 COMPARATIVO POR TÍTULOS E AFINIDADE DE CONTEÚDOS.....	22
4.4 DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOBRE OS DIREITOS DOS INDÍGENAS.....	24
4.5 PRINCIPAIS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS - MANUAL DE JURISPRUDÊNCIA DOS DIREITOS INDÍGENAS - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.....	25
<b>5 A JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL.....</b>	<b>27</b>
5.1 A JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.....	27
5.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	28
5.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO.....	30

<b>6 ABORDAGEM COMPARATIVA DA LEGISLAÇÃO INDÍGENA.....</b>	<b>31</b>
6.1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	32
6.1.1. Jurisprudência sobre Direitos Humanos - Genocídio Penal.....	33
6.2 DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO E DE NÃO ASSIMILAÇÃO.....	34
6.3 PATRIMÔNIO CULTURAL, CONHECIMENTO E PROPRIEDADE INTELLECTUAL.....	39
6.3.1 Jurisprudência sobre o Direito à Preservação dos Lugares Sagrados.....	41
6.4 DIREITO À CULTURA E TRADIÇÕES.....	42
6.5 DIREITO ÀS TERRAS QUE OCUPAM E RECURSOS QUE UTILIZAM.....	43
6.5.1 Jurisprudência sobre a Desintrusão da terra Indígena.....	48
6.5.2 Jurisprudência sobre a Indenização em Reparações por Danos Causados....	49
6.5.3 Jurisprudência sobre o Direito à Permanência de Indígenas na Terra Durante o Processo de Demarcação - Impossibilidade de Reintegração de Posse de Não Indígenas.....	50
6.5.4 Jurisprudência sobre a Demora Excessiva na Demarcação de Terras Indígenas.....	51
6.5.5 Jurisprudência sobre a Nulidade dos Títulos de Propriedade Sobre Terras Indígenas.....	52
6.5.6 Jurisprudência sobre o Arrendamento de Terras Indígenas.....	53
6.5.7 Jurisprudência sobre o Ebulho Renitente.....	53
6.6 DIREITO À PROTEÇÃO AMBIENTAL.....	55
6.6.1 Jurisprudência sobre o Direito à Indenização por Dano Etnoambiental.....	56
6.7 DIREITO À EDUCAÇÃO.....	58
6.7.1 Jurisprudência sobre o Direito à Educação.....	59
6.8 DIREITO À SAÚDE.....	61
6.8.1 Jurisprudência sobre o Direito à Saúde Indígena - Princípios da Eficiência, da Reserva do Possível e da Separação dos Poderes.....	62
6.9 DIREITO AO TRABALHO DIGNO.....	63
6.9.1 Jurisprudência sobre o Direito ao Salário Maternidade.....	63
6.10 DIREITO DE PARTICIPAR DAS DECISÕES QUE LHE AFETEM E DIREITO À CONSULTA PRÉVIA.....	65
6.10.1 Jurisprudência sobre o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada.....	69



6.11 ESTADO DE DIREITO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS.....	70
6.11.1 Jurisprudência sobre o Direito à Função Contramajoritária do Judiciário.....	71
6.11.2 Jurisprudência sobre o Direito à Revisão da Terra Indígena.....	71
6.11.3 Jurisprudência sobre o Direito à Intervenção do MPF, Funai e União Previamente à Decisão Liminar.....	72
6.11.4 Jurisprudência sobre o Marco Temporal e Condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol.....	72

## **7 BREVE CRÍTICA AOS DISPOSITIVOS DE PROTEÇÃO DOS INDÍGENAS**

7.1 LEI Nº 6.001, DE 19 DE SETEMBRO DE 1973 - ESTATUTO DO ÍNDIO.....	73
7.2 A DECLARAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS EM FACE DOS DIREITOS COLETIVOS.....	73
7.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS.....	76

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....79**

## **9 REFERÊNCIAS.....80**

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa o comparativo dos direitos dos Indígenas no Brasil com os direitos preconizados na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Os direitos dos povos indígenas são previstos constitucionalmente em tratados de que o Brasil faz parte e em diversos institutos legais infraconstitucionais. A lei 6.001, promulgada em setembro de 1973, estabelece as principais linhas de interação do Estado brasileiro com os povos indígenas, considerando-os relativamente incapazes, e prevendo sua incorporação gradual à sociedade. A Constituição de 88, por sua vez reconhece aos índios o direito de manter e perenizar sua própria cultura, além de possuir autonomia sobre seus interesses e sua condição civilizatória. Proposta de atualização do Estatuto dos Povos Indígenas foi elaborada em 2009, mas encontra-se ainda não aprovada pelo Legislativo.

Para se ter uma ideia da problemática em análise, o relatório da CIDH deste ano sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, revela várias situações de violações recentes aos direitos dos povos indígenas de todo o Brasil. Fazemos referência àquelas ocorridas no Estado do Mato Grosso do Sul, a saber: desassistência jurídica por parte da Funai em processos de demarcação de terras, violência contra lideranças indígenas em conflitos pela disputa da posse de terras, a existência de indígenas em situação de trabalho análoga à escravidão, e violência obstétrica contra mulheres indígenas.

Torna-se então relevante responder à seguinte indagação: em que medida os direitos preconizados na Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas são contemplados no direito brasileiro, em especial, no Estatuto dos Indígenas e na Constituição Federal de 88?

O objetivo geral será alcançado com o estabelecimento de comparativo entre o direito dos povos indígenas preconizado nos dispositivos legais em face da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Serão objetivos específicos:

- Leitura das principais normas afetas aos direitos dos indígenas.
- Definir os principais dispositivos para análise comparativa.
- Descrever os principais problemas atuais enfrentados pelos indígenas à luz dos dispositivos elencados.
- Descrever sucintamente o papel das principais organizações brasileiras atuantes no sistema de proteção dos direitos dos indígenas.
- Efetuar comparativo do Estatuto do Índio com a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas e a Constituição Federal.
- Abordar decisões jurisprudenciais sobre a matéria.
- Efetuar breve crítica sobre a efetividade da proteção dos indígenas em face das medidas preconizadas nos dispositivos legais.

A metodologia a ser utilizada é a pesquisa bibliográfica, em dispositivos jurídicos, na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional e na literatura sobre os direitos dos indígenas em livros e artigos acadêmicos. Serão destacados os principais dispositivos vinculantes, problemas mais comuns enfrentados e análise qualitativa mediante comparativo com a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

## 2 A PROBLEMÁTICA INDÍGENA NO BRASIL

### 2.1 Breve Histórico e Considerações

Durante vários séculos os povos indígenas sofreram com a dizimação e o aculturamento forçado provocado pela colonização europeia.

Colonizações sempre foram desumanas para os povos indígenas, que tiveram sua terra invadida e foram vítimas de atrocidades de todo o tipo, principalmente contra mulheres e crianças. Em numerosas investidas, seu povo foi alvo de envenenamentos, sequestros e assassinatos com armas de fogo.

Traços dessa forma de agressão se refletem na maneira como os índios são ainda hoje alijados dos debates dos temas públicos que lhes afetam.

Após a Guerra do Paraguai (1864-1870), o Estado brasileiro iniciou um processo de ocupação das terras amazônicas e de exploração do oeste do país, especialmente do Mato Grosso, concedendo títulos de propriedade irregulares e exterminando grupos indígenas. É nesse ponto que a radicalização do discurso contra os índios propagou a política de tutela como ideal ao “desenvolvimento nacional”. (PERUZZO, 2017, p.2717)

Fala do Ministro do Interior Maurício Rangel Reis, governo Ernesto Geisel, resume bem essa condição, segundo apurado pela Comissão Nacional da Verdade em 2014, ao afirmar que o progresso não poderia ser impedido pelos índios, e que os índios desapareceriam nos próximos anos. (PERUZZO, 2017, p. 203-204).

Colonizações e invasões correram na década de 40, no governo Vargas, a exemplo da "Marcha para o Oeste". Documentos eram fraudados, declarando ausência de comunidades no local, para a imissão da posse por parte dos colonos. O próprio STF, ao estabelecer o "marco temporal", desconsiderou tais invasões.

Segundo FILHO e BERGOLD (2013), existem no Brasil cerca de 225 etnias indígenas. Constituindo povos de culturas e hábitos diferentes. Os índios estão dispersos por todo o país, mas a maior concentração é na região Norte e Centro-

Oeste, especificamente na Amazônia Legal, que representa 98,6% do total de terras indígenas do Brasil. (FILHO e BERGOLD, 2013).

## **2.2 Situação dos direitos dos povos indígenas no Brasil**

A permanente busca pelo reconhecimento da posse e direito de uso das terras talvez seja a principal questão de direito enfrentado pelos indígenas. Os índios são vinculados às suas terras em uma relação que vai além da simples habitação, pois elas são cruciais para sua sobrevivência, seu modo de vida e para a perenidade de sua cultura. Trata-se, portanto de direito sobre o qual se ancoram os demais. Os problemas enfrentados neste âmbito estão principalmente relacionados a um histórico de expulsão por colonizadores e por exploradores ilegais de seus recursos naturais.

A exploração das riquezas minerais é outro dos grandes problemas com o qual se deparam as comunidades indígenas. Em parte, porque comprometem seus recursos naturais e função do manejo inadequado ou desmatamento de florestas, poluição e destruições de afluentes de rios e lagos, destruição de encostas, e de outra, pela violência gerada quando da invasão de suas terras por garimpeiros ilegais.

Os indígenas do Mato Grosso do Sul por exemplo, em contexto mais amplo que afeta em geral os povos e comunidades tradicionais daquele Estado, possuem dificuldades permanentes de acesso à educação, saúde e saneamento básico, conforme relatam OLIVEIRA E ALMEIDA (2022), ao situar problemas ligados aos direitos humanos que historicamente enfrentam.

Tais condições, realçadas nas últimas décadas, integram legado de um processo de isolamento que dificulta o acesso às políticas públicas, além de levá-los a tal condição de exclusão social que compromete sua segurança alimentar. Nossa Senhora do Livramento é um exemplo de cidade que abriga comunidades indígenas e que padece de tais recursos, levando seus habitantes a condições humanitárias precárias.

Isso produz impactos negativos na preservação e manutenção dos bens e utilidades naturais de que dispõem os indígenas, comprometendo seu modo de viver, sua cultura, e as perspectivas de sobrevivência e perpetuação de suas gerações. Necessário se faz, portanto, que ações de responsabilidade do poder público, no sentido de buscar soluções para o enfrentamento dos problemas, com respeito aos seus direitos e à sua cultura sejam levadas a efeito.

Cuidar do bem-estar dos povos indígenas é também proteger o Patrimônio da Humanidade, investimento que se traduz, em especial, na preservação de nossas florestas.

### **3 POLÍTICAS PÚBLICAS E INSTITUCIONAIS**

#### **3.1 O papel do Estado na Promoção de Políticas de Defesa dos Direitos dos Povos Indígenas Frente a Desigualdade**

Numa democracia, é preciso que o direito alcance a todos para que seja eficaz, sem se dobrar a hegemonias. A desigualdade social atinge mais Indígenas e negros, que são os mais afetados pela desigualdade social. Para se ter uma ideia, das pessoas brancas pobres, 5,1% ganham até 30 dólares mensais. Quando falamos em índios e negros, esse contingente sobe para 10,6 %, ou seja, mais que o dobro relativamente (PEREIRA, 2016). Os números são desfavoráveis quando se analisam também o índice de alfabetização e o de nutrição das crianças indígenas. O racismo e a discriminação institucionalizados são os principais motivos desse desajuste social.

Políticas públicas, impostas à maneira de organização do Estado e com viés de tutela, interferem na autonomia dos indígenas. Não dialogam com a vida em comunidades indígenas, que requer regras de conduta adaptadas ao seu modo e cultura. Essa intrusão resulta em problemas para as comunidades indígenas, como a fragmentação de laços familiares e a perda de costumes originários.

A política pública deve buscar a ética e a visão global da vida humana em sua plenitude de direitos. O Estado deve buscar a participação popular ao elaborar e implementá-las, de forma permanente e ampla, com observância dos instrumentos Constitucionais, legais e acordos internacionais de que faz parte.

A igualdade não é um princípio estabelecido. Se esta condição não for ampla e efetivamente reconhecida, contribui para a manutenção de desigualdades que assolam as minorias, onde se incluem os indígenas.

#### **3.2 Principais Organizações e Tratados do Sistema de Proteção aos Direitos dos Indígenas**

**A Fundação Nacional do Índio - FUNAI**, órgão indigenista do Estado brasileiro, foi criada pela Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967. É responsável pela política indigenista e promoção dos direitos dos povos indígenas.

Tem como função conduzir os processos de demarcações das terras indígenas, sua fiscalização e monitoramento, e desenvolver ações que busquem a proteção dos recursos ambientais afetos aos indígenas, sua condição de cidadania, educação e social.

**A Organização das Nações Unidas**, criada em 1945, e a **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, em 1948, foram os marcos históricos mais importantes no direito internacional na direção da proteção dos direitos humanos. Consolida-se, gradualmente, como resposta ao desastre humano que representaram a primeira e a segunda guerra mundial. O respeito aos direitos fundamentais passa a ganhar cada vez mais atenção no mundo.

**O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, aprovados em 1966 pela ONU, foram internalizados pelo Brasil, através dos Decreto nº 591 e 592 de 6 de julho de 1992, respectivamente. Criou-se a partir de então as primeiras bases jurídicas para que os indígenas passassem da condição de minorias para serem ouvidos como povos.

**A Convenção 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais, da Organização Internacional do Trabalho - OIT**, realizada em 27/06/1989, em Genebra, preconizou a autodeterminação dos povos, reconhecendo cada qual com sua pluralidade étnica e diversidades culturais próprias. A Convenção foi internalizada pelo Brasil através do Decreto 5.051/04, que consolida assim a premissa de que os povos têm direito de participar amplamente e com direito a fazer valer sua voz e seus interesses, das decisões da sociedade que afetem sua vida, seus recursos, sua cultura e seu bem-estar.

Referida Convenção foi ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, e posteriormente consolidada pelo Decreto nº 10.088, de 05/11/2019.



**O Fórum Permanente da ONU para Assuntos Indígenas- UNPFII**, instalado em 27/08/2000, com a missão de organizar e promover a ampliação do debate dos temas de interesse dos indígenas junto às Nações Unidas. O Fórum possui portanto objetivos e meios participativos, sendo para tanto formado por 8 representantes dos Estados e 8 integrantes indicados pelos indígenas. O Fórum foi um dos catalisadores das motivações que levaram à Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas.

**A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, de 13/12/2007, que consolida o reconhecimento de princípios e diretrizes fundamentais para os povos indígenas no âmbito do direito internacional. FILHO e BERGOLD (2013, p. 55) elenca o conhecimento tradicional, as contantes disputas pela posse das terras e a representação dos indígenas nos organismos internacionais como temas centrais.

**A Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, A Corte Europeia dos Direitos Humanos, e a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**, cujos contenciosos têm proferido importantes decisões vinculantes e jurisprudenciais no tocante aos direitos dos povos indígenas.(CEPAL, 2015).

### **3.3 Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**

Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, produzido após sua visita ao Brasil em 2018, aponta os principais problemas verificados por aquela comissão relativo ao tratamento dos direitos humanos, sob enfoque em discriminação e desigualdades em determinados grupos.

A comissão observou que determinadas comunidades, dentre as quais as indígenas, sofrem processo de exclusão, pobreza e precariedade que, não raro, as conduzem à marginalidade e à condição de expostos a violências das mais variadas.

Em seu relatório, no item 56, a Comissão declara a preocupação com tal situação:

Apesar dos avanços registrados na legislação, a CIDH vê como grave e preocupante a situação dos povos e comunidades indígenas do Brasil. Aos registros de ameaça de invasão aos seus territórios por não indígenas, somam-se profundos desafios quanto à titulação e proteção de suas terras e, em inúmeros casos, os povos e comunidades indígenas se veem sem a necessária proteção do Estado. Nesse âmbito, a Comissão manifesta sua grande preocupação a respeito do processo de revisão das políticas indigenistas e ambientais do país, o que tem favorecido as ocupações ilegais das terras ancestrais, encorajado atos de violência contra suas lideranças e comunidades indígenas, e autorizado a destruição ambiental de seus territórios. (CIDH, 2021).

A falta de compromisso dos parlamentares para com o avanço da pauta dos interesses indígenas no âmbito do legislativo foi outra constatação em sua visita ao Brasil. Destaca a Comissão que, conforme apurou, "no final de 2018, havia mais de 100 projetos de lei tramitando no Congresso Nacional que objetivavam a restrição de direitos indígenas, especialmente em matéria de demarcação de terras." (CIDH, 2021).

A comissão destaca ainda a atuação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, cujo papel na proteção dos indígenas adquiriu relevante missão a partir da Constituição Federal de 88, sem deixar de manifestar sua preocupação com os rumos atuais de seu protagonismo institucional. A Comissão faz referência à Medida Provisória 870/19 de 01 de janeiro de 2019, hoje convertida na Lei 13.844 de 18 de junho de 2019, que redistribuiu as competências dos órgãos de governo. A vinculação institucional da FUNAI passaria do Ministério da Justiça para o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos - MFMDH. A atribuição de demarcação das terras indígenas deixaria de ser competência do Ministério da Justiça e passaria ao Ministério da Agricultura, Pesca e Abastecimento - MAPA. Nada obstante, tais alterações legislativas foram posteriormente revogadas por força do Acórdão de 01/08/2019, em que o STF deu provimento a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 6174.

Outra preocupação manifestada pela Comissão se refere à falta de recursos orçamentários para que a FUNAI possa exercer adequadamente suas funções. A dotação orçamentária da Fundação tem sido reduzida ao longo dos últimos 10 anos,

o que pode comprometer especialmente "os trabalhos de fiscalização e proteção das populações indígenas". (CIDH, 2021).

A Comissão constatou ainda que alterações na forma de concessão de licenciamentos ambientais solicitadas por empresas, passou a constituir maior risco à proteção ambiental dos recursos naturais em terras indígenas. A preocupação relatada se refere à política de descentralização de tais procedimentos, que passou a ser atribuição de órgãos dos estados e municípios. Assim, referidos processos passam a ser alvo frequente de influências de pessoas e grupos locais, o que pode fragilizar o sistema.

A comissão observou também o comprometimento do atendimento de saúde pública dos indígenas, seja pela redução de profissionais dedicados aos serviços, da dificuldade de acessar a rede hospitalar. Na oportunidade, enfatizou o direito dos indígenas ao acesso completo e indiscriminado aos serviços de saúde pública.

A Comissão alertou para os problemas inerentes à demarcação das terras indígenas, notadamente no que se refere ao descumprimento da celeridade dos processos, e também de sua exploração por terceiros para finalidades da agropecuária e de madeireiras. No âmbito dessas questões, destaca ainda o Marco Temporal estabelecido na Petição 3.388/RR. Referida tese estabelece ponto de referência ancorado na data da promulgação da Constituição Federal - 05.10.1988 -, para considerar a legitimidade da posse de terras indígenas. Esse marco deixa em grande fragilidade a recuperação da posse por ocupantes anteriores que foram ilegalmente expulsos de suas terras. Tais indígenas perderiam o direito às terras que originalmente ocupavam, em flagrante desrespeito ao direito internacional.

Por outro lado, o direito dos indígenas à consulta prévia sobre a elaboração de leis e projetos que os afetem, não tem sido devidamente observado. A Comissão relata como caso relevante o Complexo Hidrelétrico de Belo Monte, projeto de grandes impactos para os indígenas e suas comunidades. Alerta a Comissão para o dever do Estado de promover as condições para que tal direito seja devidamente reconhecido e efetivamente praticado.

No âmbito dos recursos naturais de que se utilizam os indígenas, a Comissão cita ainda problemas ligados a minerações ilegais em suas terras, desmatamentos para exploração ilegal de madeiras, invasões de grileiros, agressões.

Em seu relatório, a CIDH (2021) relata ainda diversos outros problemas, como o desrespeito a questões humanitárias, a exposição à violência de milícias, operações policiais inadequadas, confinamentos territoriais, e remoções forçadas de crianças de suas comunidades, exploração sexual, exploração do trabalho e decisões judiciais controversas.

Finaliza, ressaltando o prejuízo que a negação e a supressão dos direitos dessas pessoas e suas comunidades podem causar à sua integridade, seu bem-estar, sua sobrevivência, comprometer seus recursos, seu desenvolvimento, sua cultura, e sua perpetuação.

## **4 ESTRUTURA DA LEGISLAÇÃO**

### **4.1 Lei nº 6.001, de 19/12/1973 - Estatuto do Índio**

#### TÍTULO I - Dos Princípios e Definições

- Arts. 1º e 4º

#### TÍTULO II - Dos Direitos Cíveis e Políticos

##### Capítulo I - Dos Princípios

- Arts. 5º e 6º

##### Capítulo II - Da Assistência ou Tutela

- Art. 7º ao art. 11

##### Capítulo III - Do Registro Civil

- Art. 12 e 13

##### Capítulo IV - Das Condições de Trabalho

- Art. 14 ao 16

#### TÍTULO III - Das Terras dos Índios

##### Capítulo I - Das Disposições Gerais

- Art. 17 a 21

##### Capítulo II - Das Terras Ocupadas

- Art. 22 a 25

##### Capítulo III - Das Áreas Reservadas

- Art. 26 a 31

##### Capítulo IV - Das Terras de Domínio Indígena

- Art. 32 e 33

##### Capítulo V - Da Defesa das Terras Indígenas

- Art. 34 a 38

##### Capítulo IV - Dos Bens e Renda do Patrimônio Indígena

- Art. 39 ao 46

##### Capítulo V - Da Educação, Cultura e Saúde

- Art. 47 ao 55

## TÍTULO VI - Das Normas Penais

### Capítulo I - Dos Princípios

- Art. 56 ao 57

### Capítulo II - Dos Crimes Contra os Índios

- Art. 58 e 59

## TÍTULO VII - Disposições Gerais

- Art. 60 ao 68

### 4.2 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

A Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas teve seu texto aprovado pela Resolução 1/2 do Conselho dos Direitos Humanos, de 29 de junho de 2006, tendo sido a Carta aprovada em 13 de setembro de 2007.

Contem 24 disposições preambulares e 46 artigos.

### 4.3 Comparativo por Títulos e Afinidade de Conteúdos

<b>ESTATUTO DO ÍNDIO</b>	<b>DECLARAÇÃO DA ONU</b>
<b>TÍTULO I - Dos Princípios e Definições</b> Arts. 1º ao 4º	Preâmbulo Artigo 38, 39, 42, 43
<b>TÍTULO II - Dos Direitos Cíveis e Políticos</b> <b>CAPÍTULO I - Dos Princípios</b> Arts. 5º e 6º	Artigos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 18, 19, 20, 44, 45, 46
<b>CAPÍTULO II - Da Assistência ou Tutela</b>	

Art. 7º ao art. 11	Artigos 8, 14, 15, 16, 17, 22, 23, 24, 38, 41
<b>CAPÍTULO III - Do Registro Civil</b>	
Art. 12 e 13	Artigo 33
<b>CAPÍTULO IV - Das Condições de Trabalho</b>	
Art. 14 ao 16	
<b>TÍTULO III - Das Terras dos Índios</b>	
<b>CAPÍTULO I - Das Disposições Gerais</b>	
Art. 17 a 21	Artigos 25, 26
<b>CAPÍTULO II - Das Terras Ocupadas</b>	
Art. 22 a 25	Artigos 27, 28
<b>CAPÍTULO III - Das Áreas Reservadas</b>	
Art. 26 a 31	Artigos 29
<b>CAPÍTULO IV - Das Terras de Domínio Indígena</b>	
Art. 32 e 33	Artigo 30, 32, 35, 36
<b>CAPÍTULO V - Da Defesa das Terras Indígenas</b>	
Art. 34 a 38	Artigo 37
<b>TÍTULO IV - Dos Bens e Renda do Patrimônio Indígena</b>	
Art. 39 ao 46	Artigo 27
<b>TÍTULO V - Da Educação, Cultura e Saúde</b>	
Art. 47 ao 55	Artigos 31, 33, 34
<b>TÍTULO VI - Das Normas Penais</b>	
<b>CAPÍTULO I - Dos Princípios</b>	
Art. 56 ao 57	Artigo 35, 63
<b>CAPÍTULO II - Dos Crimes Contra os Índios</b>	

Art. 58 e 59	Art 35, 40
<b>TÍTULO VII - Disposições Gerais</b>	
Art. 60 ao 68	Artigo 27

#### 4.4 Dispositivos da Constituição Federal de 1988 sobre os Direitos Indígenas

**Artigo 4.º**, inciso III - Princípios da autodeterminação dos povos.

**Artigo 5.º** - Define a igualdade de todas as pessoas diante da lei.

**Artigo 20** - Define como bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

**Artigo 22**, inciso XIV - A competência da União para legislar sobre as populações indígenas.

**Artigo 49**, inciso XVI - A competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas.

**Artigo 109**, inciso XI - A competência da justiça federal para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas.

**Artigo 129** - Inclui no rol de funções institucionais do Ministério Público a de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

**Artigo 176** - Disciplina a competência da União, no interesse nacional, estabelecer condições específicas e autorizar a pesquisa e lavra de recursos minerais e potenciais de energia hidráulica em terras indígenas.

**Artigo 210** - Ao estabelecer as condições para o ensino fundamental, assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem, com respeito aos seus valores culturais.

**Artigo 215** - Estabelece como responsabilidade do Estado proteger as manifestações das culturas indígenas.

**Artigo 231** - Estabelece a competência da União para demarcar as terras indígenas tradicionalmente ocupadas, reconhecendo-as como seu direito originário e



garantindo que seus bens sejam respeitados. Reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

**Nos parágrafos 1º, 2º, 4º** - Define os critérios e direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

**No parágrafo 3º** - Define a competência do Congresso Nacional para autorizar acerca do aproveitamento dos recursos hídricos, potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas, assegurando-lhes a participação nos resultados da lavra.

**No parágrafo 5º** - Veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras, estabelecendo critérios para que possa ocorrer excepcional e temporariamente, para sua proteção, mediante autorização do Congresso Nacional.

**No parágrafo 6º** - Reforça a proteção jurídica à ocupação, posse e domínio das terras indígenas e seus recursos, estabelecendo a nulidade dos atos contrários.

**No parágrafo 7º** - Exclui as terras indígenas do disposto no art. 174, § 3º e § 4º no tocante à exploração de jazidas minerais.

**Artigo 232** - Garante o acesso à justiça para a defesa de seus direitos e interesses, com a participação do Ministério Público.

#### **4.5 Principais Decisões Jurisprudenciais - Manual de Jurisprudência dos Direitos Indígenas - Ministério Público Federal**

Direitos Humanos - Genocídio Penal

Direito à Preservação dos Lugares Sagrados

Desintrusão da terra Indígena

Indenização em Reparações por Danos Causados

Direito à Permanência de Indígenas na Terra Durante o Processo de Demarcação - Impossibilidade de Reintegração de Posse de Não Indígenas

Demora Excessiva na Demarcação de Terras Indígenas

Nulidade dos Títulos de Propriedade Sobre Terras Indígenas

Arrendamento de Terras Indígenas

Esbulho Remitente

Direito à Indenização por Dano Etnoambiental

Direito à Educação

Direito à Saúde Indígena - Princípios da Eficiência, da Reserva do Possível e da Separação dos Poderes

Direito ao Salário Maternidade

Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada

Direito à Função Contramajoritária do Judiciário

Direito à Revisão da Terra Indígena

Direito à Intervenção do MPF, Funai e União Previamente à Decisão Liminar

Direito Penal

Marco Temporal e Condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol

## **5 A JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL**

### **5.1 A Jurisprudência no Direito Nacional**

Em caráter parcial, especialmente no atendimento exclusivo aos objetivos deste trabalho, abordaremos a formação da jurisprudência no direito nacional no âmbito do STF, já que a maioria dos princípios e dispositivos do direito em estudo se relacionam com regras constitucionais ou com status a elas conferido. É comum a problemática indígena no campo do direito frequentemente se deparar com temas dos direitos humanos e das garantias fundamentais, sejam no âmbito da nossa legislação ou no de tratados ou acordos internacionais de que o Brasil faz parte.

O STF tem por característica atuar com ênfase no processo jurídico de base constitucional, ancorado em seu conjunto de normas. Para tanto, leva em conta o direito enquanto disposto da legislação e da doutrina, e ainda, conjuntamente, os princípios não escritos, enquanto integrantes, por sua vez, da ordem constitucional (PIRES, 2016, p.240).

Assim, normas infraconstitucionais podem receber o peso de preceitos constitucionais para efeito de decisão, influenciando a formação dos parâmetros de julgamento e, conseqüentemente, dos blocos de constitucionalidade do ordenamento jurídico.

Dessa forma, uma das possibilidades, é a tomada dos tratados de direitos humanos, que, conquanto ratificados pelo Brasil, passam a integrar a regra constitucional como emendas constitucionais.

Assim, observa Pires (2018), o STF tem buscado em sua evolução jurisprudencial harmonizar a relação do direito internacional com o sistema jurídico nacional.

## 5.2 A Constitucionalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Para compreender o processo de formação do constitucionalismo compensatório no âmbito da Corte Interamericana dos Direitos Humanos é importante ter presente o conjunto de aspectos e conceitos que atua na constitucionalização do direito internacional.

A função da constitucionalização do direito internacional alcança especialmente os direitos humanos mas abrange também os diversos campos e conceitos do direito internacional. Dada a relevância das normas internacionais no direito constitucional dos estados, os princípios que daí emanam são essencialmente ponderados na solução de conflitos. Dessa forma, sua consolidação em instrumentos aplicáveis do direito - especialmente dos direitos humanos - estão além das normas positivadas, pois dependem, substancialmente, dos “processos de organização e regulação de questões de interesse público, como as Cortes regionais de proteção dos direitos humanos” (PIRES, 2016, p.68).

O papel da interação entre os diversos atores, incluindo os tribunais nacionais e internacionais, é um dos principais fatores na constitucionalização do direito internacional. Daí decorre a observância dos tratados e costumes internacionais, cujos princípios e regras funcionam como fontes do direito internacional, compondo um sistema característico do direito constitucional.

Os tratados fundadores das organizações internacionais, espécie de constituição dessas entidades, são exemplo de constitucionalização do direito internacional. A Carta da ONU é outro importante tratado de expressão constitucional, pois encerra composto regulador essencial nas relações do direito internacional, em função de sua imperatividade e fundamental conteúdo jurídico. Cabe ressaltar ainda a utilização de diversos institutos do direito internacional, especialmente nos campos dos direitos humanos e no direito econômico, por entidades como a OMC, a Corte IDH, a CIJ, a CEDH, dentre outras.

Por outro lado, ressalta Koskenniemi, apud Pires, “a prática dos Estados e no que eles acreditam”, em superação a exercícios abstratos e conceituais, molda o que

pode ser chamado de um “direito vivo” no campo internacional (p. 77). Decisões da CIJ corroboram o entendimento na direção da constitucionalização do direito internacional, ao confirmar que não cabe aos estados individualizadamente supervisionar seus mandatários, mas sim à Liga das Nações, por iniciativa de qualquer de seus Estados.

O caráter constitucional é dado pela perspectiva, em essência, da garantia fundamental dos direitos humanos, presente que as obrigações a eles vinculadas possuem natureza erga omnes. Nada obstante, situações de grande disparidade foram enfrentadas pela CIJ. Daí a relevância da perspectiva constitucional para a aplicação do direito internacional, alcançando inclusive outras cortes vinculadas aos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos..

O que se depreendeu do exame dos casos da CIJ é que a constitucionalização do direito internacional pode ser construída pelas perspectivas ascendente e descendente. Dentre os exemplos da constitucionalização do direito internacional, está o uso das fontes do direito internacional – costumes, a jurisprudência do próprio tribunal e os princípios gerais do direito – para preencher as lacunas do sistema jurídico internacional (PIRES, 2016, p.93).

A interpretação dada pelos órgãos na solução de controvérsias alimenta o processo de constitucionalização do direito internacional, estruturando os conceitos operacionais e sedimentando as bases para sua sustentação. As cortes americanas e europeias são atores importantes neste processo, na medida em que seus julgados produzem efeitos inclusive em campos diversos do direito internacional. O papel das Cortes regionais tem sido relevante na promoção da proteção do indivíduo, reforçando a existência de uma ordem pública internacional no campo dos direitos humanos, estimulando o cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados.

Nesse aspecto, a existência de regras neutras e deliberações democráticas é elemento essencial para dar caráter normativo e de maior concretude à ordem jurídica internacional. (PIRES, 2016, p.98). A Corte IDH tem se pronunciado no sentido de que a proteção dos direitos humanos é o mais alto aspecto a corroborar a

atuação da comunidade internacional na promoção das normas de ordem internacional. (p.101).

### **5.3 A Constitucionalização da Proteção dos Direitos Humanos nos Sistemas Europeu e Interamericano**

Os sistemas Europeu e Interamericano oferecem amplos subsídios para a sedimentação dos conceitos operacionais do direito internacional. Esse composto produz impactos na maneira como a problemática do direito internacional dos direitos humanos são enfrentados nas cortes internacionais. Surgem assim novos processos, novas fontes materiais e novos intérpretes no cenário internacional, geradores do constitucionalismo compensatório como tendência permanente.

O conjunto de processos específicos em relação à CIJ e à Corte EDH desenvolvidos pela Corte IDH reforça, além do constitucionalismo, também o constitucionalismo compensatório. Referem-se à atuação da corte como jurisdição obrigatória, a definição de sanções pelas próprias cortes estaduais nos casos de ofensa ao artigo 36 da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares, e as aplicações de cada estado da regra do prequestionamento, de forma a respeitar o seu sistema jurídico.

A consolidação da visão de comunidade internacional é imprescindível para o fortalecimento de ambiente que, levando em conta sempre sua natureza e gravidade, afaste cada vez mais a impunidade dos casos de violações de direitos humanos. Trata-se de papel relevante que as cortes regionais desempenham no tratamento e difusão das questões relacionadas aos seus julgados.

Assim, os esforços para a uniformização dos exames das questões, além do papel das cortes regionais, é também fator a ser esperado dos estados no plano internacional de forma a conferir maior sistematização na proteção dos direitos humanos.

## **6 ABORDAGEM COMPARATIVA DA LEGISLAÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS**

A abordagem comparativa proposta neste trabalho visa evidenciar os principais aspectos da interseção entre os dispositivos normativos em análise, com o intuito de identificar variações de sua complementaridade ou outras interações. Entretanto, é importante ressaltar, o estudo geral da problemática que envolve os direitos dos povos indígenas deve ser analisado sempre sob aspectos culturais e históricos amplos, para que se tenha boa compreensão da sua conexão com a realidade enfrentada pelos povos indígenas.

Dentro dessa visão, e para efeitos do presente trabalho, foram elencados pontos fundamentais representativos dos direitos dos indígenas, obviamente não exaustivos. Os artigos dispositivos da legislação em estudo foram dispostos sob blocos organizados segundo idealizado especificamente para o desenvolvimento deste texto, sem conotação de rigor jurídico conceitual.

Como referência guia para o roteiro, foi utilizada principalmente a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas, em função de tratar-se de instituto contemporâneo e de caráter jurisdicional mais abrangente, porquanto consolida importante conteúdo conceitual das normas de direito internacional e possui amplo alcance territorial ao abranger os países-membros da ONU.

Os temas-chave foram assim definidos:

1. Direitos e Garantias Fundamentais;
2. Direito de Autodeterminação dos Povos Indígenas e de não Assimilação
3. Patrimônio Cultural, Conhecimento e Propriedade Intelectual
4. Direito à Cultura e Tradições
5. Direito às Terras que Ocupam e Recursos que Utilizam
6. Direito à Proteção Ambiental
7. Direito à Educação

8. Direito ao Trabalho Digno
9. Direito à Saúde
10. Direito de Participar das Decisões que lhes Afetem
11. Estado de Direito

### 6.1 Direitos e Garantias Fundamentais

Os Direitos e Garantias fundamentais são os pilares sobre os quais se erguem os demais direitos humanos e as liberdades fundamentais.

A Lei 6.001, de 19/12/73 – **Estatuto do Índio**, dispõe em seu artigo 1º o reconhecimento dos direitos dos indígenas como extensão das leis do País, caracterizados sob a forma de proteção que resguarda “os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei”. (BRASIL, 1973).

Os princípios representativos dos direitos e garantias fundamentais que caracterizam o Estado brasileiro estão expressos no artigo 5º da **Constituição Federal de 88**, que garante fundamentalmente a todos os brasileiros a igualdade, “o direito à vida, à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (...). (BRASIL, 1988).

No texto da **Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas**, os direitos e garantias fundamentais estão expressos principalmente nos artigos 1, 2 e 7.

Os direitos e garantias fundamentais dos indígenas estão revestidos do reconhecimento internacional. Os dispostos ressaltam a liberdade e igualdade dos indígenas a todos os demais, e o direito à não discriminação. O direito à vida, integridade física e mental, segurança, e de se organizarem e viverem como coletivo livres de violência e transferência forçada. (ONU, 2007).



Dessa forma, avaliando comparativamente, podemos dizer que direitos e garantias fundamentais estão expressos equitativamente na Constituição Federal do Brasil e na Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos indígenas.

### **6.1.1 Jurisprudência sobre Direitos Humanos - Genocídio Penal**

#### **Jurisprudência Nacional**

O contato do povo Yanomami com missões evangélicas norte-americanas, a partir dos anos 60, rompeu seu isolamento, culminando com invasões de garimpeiros. Em 1993, um genocídio conhecido por massacre de Haximu dizimou homens, mulheres e crianças. Em 1997 o Ministério Público Federal (MPF) ofereceu denúncia por genocídio, lavra garimpeira, dano qualificado, ocultação de cadáver, formação de quadrilha e contrabando.

Extrato do Acórdão "STF. RE 351.487/RR. Ministro Relator Cezar Peluso. Plenário. DJe 20.9.2005", revela que o julgamento do caso como genocídio apontou crime contra a diversidade dos povos. A aplicação da inteligência do art. 1º da Lei nº 2.889/56, e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto nº 30.822/52.

O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc. (BRASIL, MPF, 2019).

#### **Jurisprudência Internacional**

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Caso Plan de Sánchez vs. Guatemala, de 2004.

Em 18/07/82, dezenas de membros de uma comunidade indígena Maia, da aldeia Plan de Sánchez, foram mortos no município de Rabinal, Guatemala. Somente em 1993 os sobreviventes foram ouvidos pela justiça. (BRASIL, MPF, 2019).

A Corte IDH proferiu sentença favorável à comunidade.

## 6.2 Direito de Autodeterminação e de não Assimilação

Diversos artigos da Lei 6.001, de 19/12/73 - o **Estatuto do Índio** -, fazem alusão à adaptação progressiva e gradual dos indígenas ao sistema de educação da sociedade nacional com vistas à sua plena integração a esta, conforme será detalhado no capítulo relativo à educação dos indígenas deste trabalho.

Essa integração suposta progressiva e harmoniosa requer transições mediante adaptações, previstas em vários artigos ao longo da dessa mesma Lei. Elizabeth Maria Beserra Coelho, em seu artigo "O Novo Cenário do Campo Indigenista: a tensão entre a perspectiva assimilacionista e o respeito à diversidade cultural" (1999), elenca diversas evidências nela contidas, em especial no tocante à educação e sistema de ensino indígena.

O artigo 1º do Estatuto do Índio – traduz o propósito da regulação jurídica anteriormente vigente:

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. (BRASIL, 1973).

Tal intuito assimilacionista está expresso no Estatuto ao estabelecer também as obrigações do Estado. Exemplo direto pode ser encontrado no item II do artigo 2º, ao definir que àqueles ainda não integrados, caberá ao Estado prestar assistência. Objetivos de integração estão expressos também nos itens VI, VII desse artigo e no artigo 3º, item II. O artigo 4º, item II e III, que classifica as comunidades indígenas conforme o grau de integração em "Isolados", "Em vias de integração" e "Integrados". A sociedade não indígena é referenciada no Estatuto do Índio como

“comunhão nacional”, da qual a participação dos indígenas torna-se um objetivo a ser alcançado. (BRASIL, 1973).

No tocante à cidadania, por sua vez, em seu artigo 5º, o Estatuto do Índio estabelece a aquisição e perda da cidadania da mesma forma prevista na Constituição Federal em seus artigos 45 e 146 para todos os cidadãos, além da aplicação da legislação infraconstitucional pertinente. O artigo 6º garante o respeito às suas tradições e aos negócios jurídicos realizados com base em regramentos próprios, inclusive nas relações de família. (BRASIL, 1973).

A tutela anteriormente prevista está expressa no artigo 7º do Estatuto do Índio, que a incumbia à União, para aqueles “não integrados à comunhão nacional”. (Brasil, 1973).

Os efeitos da tutela conforme previsto nessa Lei incluem condições para a validade dos atos jurídicos entre índios e não índios – artigo 8º -, para a cessação da tutela – artigo 9º –, para o reconhecimento da condição de integrado – artigo 10, e para o reconhecimento da emancipação de comunidade indígena – artigo 11.

No tocante às atualizações da legislação atinente ao tema ao longo do tempo, a **Constituição Federal de 88** introduz visão alternativa ao conceito assimilacionista preconizado nos normativos anteriores, que estabeleciam que os índios deveriam buscar a integração com a sociedade civilizada.

A visão de reconhecimento dos povos estabelecida a partir da **Constituição de 88**, promove a garantia de que seus direitos e sua participação na coletividade são tomados como um todo constitutivo, estando essa relação protegida em todos aspectos da vida em sociedade. Filho e Bergold (2013) definem bem essa nova configuração:

(...) a Constituição de 1988 rompe o paradigma da assimilação, integração, incorporação ou provisoriedade da condição de indígena e, em consequência, das terras por eles ocupadas. A partir de 1988 fica estabelecida uma nova relação do Estado Nacional Brasileiro com os povos indígenas habitantes de seu território. (FILHO e BERGOLD, p.16).

De fato, a **Constituição Federal**, já em seu artigo 4º, inciso III, estabelece como princípio a autodeterminação dos povos. O artigo 231 explicita ainda que “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.” (BRASIL, 1988).

**Julgados jurisprudenciais no STF** tem realçado a condição de autonomia e identidade dos povos indígenas. Evidencia o Ministro Carlos Ayres Britto em decisão do STJ, sobre Petição 3.388 do Estado de Roraima de 19/03/2009, em ação popular demarcatória de terras indígenas:

Os arts. 231 e 232 da CF são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias (...), Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. (BRASIL, 2009)

Neste mesmo propósito se direciona a **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, ao declarar logo no segundo parágrafo de seu preâmbulo que “(...)os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo ao mesmo tempo o direito de todos os povos a serem diferentes, a se considerarem diferentes e a serem respeitados como tais (...)” (ONU, 2007). A assertiva firma a universalidade e ao mesmo tempo o direito dos povos indígenas de

serem respeitados acerca das características que os fazem próprios, caracterizando com relevância sua autonomia.

Nos parágrafos sexto e décimo, tal autonomia é evidenciada ainda na declaração de que um dos objetivos é o de garantir seu direito ao desenvolvimento de acordo com as suas próprias necessidades, interesses e aspirações (ONU, 2007).

Dentre os princípios mais fundamentais, o parágrafo dezesseis é contundente ao cunhar a autodeterminação dos povos indígenas:

Reconhecendo que a Carta das Nações Unidas, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>1</sup> e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>1</sup>, assim como a Declaração e o Programa de Ação de Viena<sup>2</sup> afirmam a importância fundamental do direito de todos os povos à autodeterminação, em virtude do qual estes determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural,(...) (ONU, 2007).

A universalidade dos seus direitos está expressa no Artigo 2 que define sua liberdade e igualdade perante os demais, e o direito à autodeterminação no Artigo 3, que garante aos povos indígenas autonomia para definir sua condição política, além de buscar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. (ONU, 2007).

O Artigo 4 especifica a visão de autodeterminação, ao referir-se a esta como “autonomia ou autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas”. (ONU, 2007)

O Artigo 5 reforça tal autonomia, ao estendê-la ao campo de suas instituições político, jurídico, econômico, social e cultural, facultando sua participação na vida do Estado. (ONU, 2007).

Merece destaque especial no que se refere ao fim da visão assimilacionista ou acultramento a parte 1 do Artigo 8, ao explicitar expressamente que “os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura”. Na mesma linha, a parte 2d, veda “toda forma de assimilação ou integração forçadas”. (ONU, 2007).

O Artigo 9 descreve sobre o pertencimento a uma comunidade, destacando que aos indígenas cabe o direito de fazer parte de sua própria nação ou comunidade, preservando suas tradições e costumes, bem como de não ser discriminado por conta do exercício desse direito. (ONU, 2007).

O Artigo 14 estabelece o direito a ser educado em seu próprio idioma e segundo os métodos admitidos em sua cultura no processo ensino-aprendizagem. (ONU, 2007).

O Artigo 16 prossegue estabelecendo critérios de autonomia com relação ao direito à utilização dos seus próprios meios de informação. (ONU, 2007).

O Artigo 18 garante o direito aos indígenas de manter seus próprios modelos institucionais de tomada das decisões que afetem seus direitos, inclusive no que se refere à forma de escolha dos seus representantes. (ONU, 2007).

O Artigo 20 representa importante conceito de autonomia na vida civil, ao garantir aos indígenas “o direito de manter e desenvolver seus sistemas e instituições políticas, econômicas e sociais, de que lhes seja assegurado o desfrute de seus próprios meios de subsistência e desenvolvimento (...)” (ONU, 2007).

Diversos artigos prosseguem garantindo autonomia dos indígenas: o Artigo 23, sobre o direito de determinar suas próprias “prioridades e estratégias” de desenvolvimento, o artigo 24, das suas “práticas de saúde”, os Artigos 26 e 32 sobre o controle, definição de prioridades, estratégias de desenvolvimento ou utilização de suas terras (ONU, 2007).

Os artigos 33 e 34 definem o direito a uma identidade e instituições próprias, “costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas”, e ainda, quando existirem, “costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos” (ONU, 2007).

Dessa forma, os principais direitos indígenas previstos na Carta das Nações Unidas e na Constituição Federal do Brasil são claros no sentido de conferir autodeterminação aos povos indígenas. Representam, assim, avanços em relação ao Estatuto do Índio, que previa condição de assimilacionismo, adaptação, aculturamento e integração do indígena a uma sociedade nacional.

### 6.3 Patrimônio Cultural, Conhecimento e Propriedade Intelectual

O **Estatuto do Índio** introduziu em seu Título VI, Capítulo que estabelece os crimes contra os índios e, em seu artigo 58, tipificação exclusiva para afronta à sua cultura: “escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática”, e ainda, “utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos”. (BRASIL, 1973).

Aos indígenas é garantido, em condição autodeterminante, pleno direito de manter e fortalecer suas práticas e instituições culturais, conforme preconizado nos artigos 3 e 5 da **Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas**. (ONU, 2007).

Isso inclui o direito de manter, proteger e desenvolver as manifestações passadas, presentes e futuras de suas culturas, tais como sítios arqueológicos e históricos, utensílios, desenhos, cerimônias, tecnologias, artes visuais e interpretativas e literaturas. (ONU, 2007, artigo 11, item 1).

Também no artigo 31 é destacado:

“(...) o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas. (...) sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais e tradicionais. (ONU, 2007)

Fazem parte também de seu patrimônio cultural as cerimônias religiosas e espirituais, lugares religiosos e culturais, objetos de culto, e ainda seus restos humanos. Suas histórias, idiomas, tradições orais, filosofias, sistemas de escrita, literaturas, nomes das comunidades, lugares e pessoas. (ONU, 2007, artigo 12, item 1 e artigo 13).

A preocupação com a preservação do patrimônio cultural indígena se traduz no expresso direito à dignidade e a diversidade de suas culturas, seus próprios meios de informação, mantendo seus métodos de ensino, que devem ser oferecido pelo Estado sempre que possível àqueles que vivem fora de suas comunidades, inclusive

em seu próprio idioma. (ONU, 2007, artigo 14, itens 1 e 3, artigo 15, item 1, artigo 16, item 1).

Sua relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros, constitui direito e patrimônio que deve ser reconhecido pelos Estados, em “processo equitativo, independente, imparcial, aberto e transparente (...)” (ONU, 2007, artigos 25 e 27).

O parágrafo primeiro do artigo 215 da **Constituição Federal** estabelece como responsabilidade do Estado proteger as manifestações das culturas indígenas. Nos dispositivos deste artigo configura-se a responsabilidade do estado por promover a cultura indígena, dentre as demais manifestações culturais nacionais, com o objetivo de garantir a "defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro". (BRASIL, 1988). O artigo 216 caracteriza o patrimônio cultural brasileiro, definindo o Estado como responsável por sua proteção e preservação:

(...) os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, 1988).



### 6.3.1 Jurisprudência sobre o Direito à Preservação dos Lugares Sagrados

#### Jurisprudência Nacional

Foi autorizada, pelo Governo Federal, a construção da Usina Hidrelétrica (UHE) Teles Pires, na divisa dos Estados do Pará e Mato Grosso. A área é considerada sagrada para os povos indígenas Munduruku, Kayabi e Apiaká. Muito embora não esteja dentro dos limites do território demarcado, o local é considerado área de desova de peixes, importante para a alimentação daqueles povos, além da crença que possuem de que lá vive a Mãe dos Peixes e outros espíritos de antepassados, motivos pelos quais deve ser preservado.

O Ministério Público Federal e o Ministério Público do Mato Grosso requereram em juízo a suspensão da autorização para as obras. Além da representação simbólica para a cultura dos povos indígenas do local, a área é dotada de importantes recursos ambientais, conforme manifestado pela Funai. As populações de peixes migratórios dos rios afetados estariam em risco de extinção com os impactos resultantes das obras, conforme verificado pelo Ibama.

O feito foi bem-sucedido na instância de origem e na recursal. Cabe destacar trecho do acórdão, Agravo 0018341-89.2012.4.01.0000, do Tribunal Regional Federal 1ª Região, 5ª Turma, de considerável importância simbólica e jurídica:

(...)No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. UHE TELES PIRES. LICENÇA DE INSTALAÇÃO (...)

## **Jurisprudência Internacional**

Caso Saramaka vs. Suriname (2007)

Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

O Povo Saramaka é uma tribo que habita às margens do rio Suriname, região parte da Pan-amazônia. Parte de suas terras foram inundadas para a construção de uma usina hidrelétrica, tendo sido os indígenas forçados a se retirar. Os impactos socioambientais foram altamente prejudiciais, tendo sido violados seus lugares sagrados e reduzidos seus recursos naturais. A Corte se pronunciou em sentença reconhecendo a causa dos Saramaka: (...) "A Corte considera que o dano imaterial que estas alterações causaram no tecido da própria sociedade do povo Saramaka lhes dá o direito de obter uma justa indenização." (BRASIL, MPF, 2019, p.344).

### **6.4 Direito à Cultura e Tradições**

Os artigos 8, 9, 11, 12 da **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas** estabelecem seu direito de não ter destruída sua cultura, de fazer parte de uma comunidade ou nação, com suas tradições e costumes, manter seus sítios históricos, cerimônias, artes, literatura e outros itens representativos de sua cultura, inclusive de obter a repatriação de restos humanos, definindo o estado como responsável pela sua proteção e por reparações em casos de ações que violem esse direito. (ONU 2007).

O artigo 13 trata do direito de fazer perpetuar tais tradições e costumes pelas gerações futuras. Caracteriza o Estado como responsável por proteger esse direito e também facilitar sua participação em atos políticos, jurídicos e administrativos, inclusive provendo serviços de intérprete. (ONU, 2007).

Nesse aspecto, o artigo 31 define o composto cultural indígena como patrimônio a ser protegido e perpetuado, além de caracterizar o Estado como corresponsável por reconhecer e proteger tais direitos:

Os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas. Também têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais. 2. Em conjunto com os povos indígenas, os Estados adotarão medidas eficazes para reconhecer e proteger o exercício desses direitos. (ONU, 2007)

## **6.5 Direito às Terras que Ocupam e Recursos que Utilizam**

**O Estatuto do Índio** define como terras indígenas aquelas ocupadas ou habitadas por silvícolas, as áreas reservadas conceituadas por reserva indígena, parque indígena e colônia agrícola indígena, e as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas. (BRASIL, 1973, arts. 17 e 26).

Busca estabelecer a proteção da posse das terras indígenas ao proibir a realização de negócios jurídicos que a restrinjam, citando especificamente o arrendamento. Veda, ainda, a caça, a pesca e a coleta de frutos por não indígenas. (BRASIL, 1973, art. 18).

O artigo 20 define no seu parágrafo 1º situações acerca da intervenção da União em terras indígenas, na qual destaca-se a prevenção de graves surtos epidêmicos, por segurança nacional, para obras públicas, para a repressão de esbulho ou turbação de grande escala, dentre outros. No seu parágrafo 2º estabelece a possibilidade de que durante a intervenção ocorra, se necessário, a realização de deslocamentos ou remoções de indígenas ou tribos, mediante a substituição de seu território por outro

equivalente, em iguais condições ecológicas, sendo cabível o ressarcimento de perdas que ocorram em decorrência. (BRASIL, 1973)

É garantida a posse permanente das terras que habitam, bem como o direito ao usufruto das riquezas naturais – inclusive mananciais e águas fluviais -, das utilidades nelas existentes, da caça e da pesca. No Estatuto do Índio, referidas terras são caracterizadas como bens inalienáveis da União, ainda na forma do artigo IV e 198 da Constituição Federal de 1967. É importante que, para que se caracterize a posse indígena, que tais terras sejam habitadas e exploradas para sua subsistência ou utilidade econômica. (BRASIL, 1973, art. 22, 23 e 24).

O reconhecimento do direito sobre as terras indígenas independe de demarcação, conforme definido no artigo 25, que estabelece, porém, condições de reconhecimento pelo órgão federal que assiste os silvícolas, condicionando este a um “consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação”. Em sua parte final, o dispositivo estabelece a legitimidade de medidas que possam ser tomadas por qualquer dos Poderes do Estado em caso de erros ou omissão desse órgão. (BRASIL, 1973)

A União poderá efetuar reservas de terras indígenas para sua posse e ocupação com a finalidade de habitação e subsistência, na forma de reserva, parque, ou colônia agrícola. (BRASIL, 1973, art. 26).

A aquisição das terras indígenas está vinculada à legislação civil, conforme artigo 32, sendo possível o usucapião para porção de terras inferiores a 50 hectares prevista no artigo 33. As terras indígenas, por sua vez, não poderão ser desapropriadas nem usucapidas, exceto nas situações de intervenção previstas na Lei 6.009, Estatuto do Índio. O Estatuto declara ainda, em seu artigo 62, serem nulos e extintos os efeitos jurídicos de atos sobre a posse, ocupação ou domínio das terras indígenas, vedando qualquer indenização aos seus autores. (BRASIL, 1973).

Os indígenas poderão acionar o Estado para garantir a segurança da posse de suas terras, tendo legitimidade para propor ações judiciais neste sentido, com participação do MPF ou do órgão de proteção ao índio (BRASIL, 1973, artigos 34 a 37).

O Patrimônio Indígena é constituído pelas terras de seu domínio, seu usufruto e de suas riquezas e utilidades, e pelos bens móveis e imóveis adquiridos. O Estatuto do Índio ressalva, entretanto, que este é assim considerado como das comunidades ou grupos tribais, ou ainda dos silvícolas. Os bens individuais dos silvícolas, ou seja, sua habitação, seus bens pessoais, instrumentos e produtos do trabalho e aqueles adquiridos pelos índios na condição de bens individuais, não constituem Patrimônio Indígena. A gestão do Patrimônio Indígena é compartilhada com o órgão de assistência, a quem cabe fiscalizar seu bom andamento. (BRASIL, 1973, artigos 39 a 42).

A **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas** preconiza que os indígenas têm direito de não serem “removidos à força de suas terras”, e de não terem suas terras e recursos subtraídos ou diminuídos em sua capacidade produtiva. Tais recursos devem ser conservados e protegidos, cabendo ao Estado prover programas e medidas para tal, incluindo a evitação de contaminações a estes nocivas (ONU, 2007, artigo 8, item 2b, artigo 10, artigo 29, item 1 e 2).

Muito se debate a respeito do direito dos indígenas sobre as terras que ocupam. O tema é alvo de controvérsias diversas e conflitos em todo o mundo. O artigo 26 da Declaração das Nações Unidas traça importante marco de reconhecimento ao declarar o direito às terras, seus territórios e recursos, ao seu uso, à garantia de proteção dos Estados e o respeito ao modo de vida e tradições indígenas na relação com estes bens:

1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.
2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido.
3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram. (ONU, 2007)

A responsabilidade do Estado é caracterizada no artigo 27, que estabelece que o processo de reconhecimento das terras indígenas e de outros recursos que ocupem e utilizem sempre se dará com sua participação. Assim, em caso de privação injusta

desses direitos, por qualquer motivo, é cabível reparação na forma de indenização proporcional ou mesmo restituição, de qualidades e quantidades equitativas, conforme o artigo 28, itens 1 e 2. (ONU, 2007).

As terras indígenas são também protegidas contra atividades militares, que serão sempre objeto de excepcionalidade mediante interesse público, com decisão participativa dos indígenas. (ONU, 2007, art. 30).

O artigo 32 da Declaração reforça sua autonomia sobre as estratégias de utilização das terras e recursos naturais. Cabe atenção especial ao item 2 de referido artigo, dada a importância de que se reveste ao estabelecer que os indígenas serão consultados sobre projetos que afetem suas terras e seus recursos:

Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo. (ONU, 2007).

O item 3 desse artigo reforça a caracterização do Estado como responsável por garantir reparações justas para os casos em que situações nocivas sejam resultantes “nos planos ambiental, econômico, social, cultural ou espiritual (ONU, 2007).

A **Constituição Federal** define em seu artigo 20 que as terras ocupadas pelos indígenas são bens da União.

Estabelece em seu artigo 231 a competência da União para demarcar as terras indígenas tradicionalmente ocupadas, reconhecendo-as como seu direito originário e garantindo que seus bens sejam respeitados. Trata-se, portanto, de direito que lhes é afeto mesmo antes das leis atuais.

Nos parágrafos 1º, 2º, 4º deste mesmo artigo define os critérios e direitos sobre as terras que habitam permanentemente, e que são utilizadas para a produção dos seus bens úteis e necessários à sua sobrevivência, dentro de seu modo e sua cultura. Incluem ainda suas riquezas e seus recursos naturais. Tais terras são "inalienáveis, indisponíveis e seus direitos imprescritíveis".

O Congresso Nacional é competente para autorizar acerca do aproveitamento dos recursos hídricos, potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas, assegurando-lhes a participação nos resultados da lavra, conforme seu parágrafo 3º. O comando está presente também no artigo 49, inciso XVI. O artigo 176 da Constituição Federal define a competência da União para definir os critérios que amparam essa exploração. (BRASIL, 1988).

Não é permitida a remoção dos grupos indígenas de suas terras, estabelecendo critérios para que possa ocorrer excepcional e temporariamente, para sua proteção, mediante autorização do Congresso Nacional, conforme disposto no parágrafo 5º. (BRASIL, 1988).

A proteção jurídica à ocupação, posse e domínio das terras indígenas e seus recursos, é reforçada no parágrafo 6º, que estabelece a nulidade dos atos contrários que não sejam de interesse público. Em qualquer situação de posse de boa fé, cabe aos indígenas buscar direito à reparação e indenizações por benfeitorias.

Por fim, ainda o artigo 231, em seu parágrafo 7º, exclui as terras indígenas quando à disposição do do art. 174, § 3º e § 4º no tocante ao incentivo à exploração de jazidas minerais. (BRASIL, 1988).

Em declaração sobre os direitos dos povos indígenas no Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconheceu:

Ao considerar os direitos indígenas como direitos "originais", a Assembleia Constituinte aceita o princípio de que os indígenas eram os proprietários originais das terras e, portanto, que seus direitos antecedem todo ato administrativo do governo. Além disso, a Constituição estabeleceu que o Ministério Público Federal deve defender os direitos dos indígenas perante os tribunais, e que os grupos indígenas podem, por si mesmos, promover ações judiciais. (CIDH, apud FILHO e BERGOLD, 2013).

FILHO e BERGOLD, (2013) ressaltam que terras indígenas não são Unidades de Conservação. O entendimento é necessário para não pairar dúvidas que possam mitigar o direito originário dos indígenas às suas terras. As Unidades de Conservação são reconhecidas por decreto do poder público, enquanto que as terras indígenas são reconhecidas por direito.

A visão de que as terras indígenas estão vinculadas aos indígenas como parte de sua natureza, seu modo de vida e sua cultura, foi incorporada pela Constituição de 88 para reconhecer o direito originário à sua posse. Portanto, assim se configura esse direito que, independentemente de criação formal ou legal, deve ser de pleno reconhecido.

Assim ensina Silva, apud FILHO E BERGOLD (2013) que a ocupação tradicional se refere ao modo como os índios ocupam e utilizam as terras e também ao seu modo de nelas produzir.

### **6.5.1 Jurisprudência sobre a Desintrusão da terra Indígena**

#### **Jurisprudência Nacional**

Aruanã I - GO.

Trata-se de ação para a retirada de invasores das terras indígenas, que edificaram casas e outras benfeitorias. A Funai e a União ingressaram com ação objetivando a desintrusão, sem prejuízo de indenizações e ressarcimento dos danos ambientais, além da anulação de eventuais títulos de propriedade sobre a área.

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMÓVEL LOCALIZADO DENTRO DE ÁREA INDÍGENA. TERRA INDÍGENA KARAJÁ DE ARUANÃ I. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.

TÍTULO REFERENTE AO IMÓVEL. NULIDADE. ART. 231, §§ 4º E 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APELAÇÃO DESPROVIDA. AC 0002834-11.2005.4.01.3500, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:11/05/2018.



## **Jurisprudência Internacional**

Xucuru - PE.

Em processo de demarcação, a Justiça Federal considerou legal a propriedade das terras. Entretanto, diversas ações de posseiros dificultaram a tomada da terra pelos indígenas, o que terminou por motivar a condenação por dano moral coletivo e outras medidas. A decisão foi proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos termos da ação Caso do Povo Indígena Xucuru e Seus Membros Vs. Brasil, em 05 de fevereiro de 2018.

### **6.5.2 Jurisprudência sobre a Indenização em Reparações por Danos Causados**

#### **Jurisprudência Nacional**

O Acórdão versa sobre ação do Estado do Mato Grosso contra indígenas da etnia Xinguem que alienaram parte de suas terras, exigindo indenização à União por pretensa desapropriação indireta.

Em decisão do Tribunal Pleno do STF, através do Acórdão Eletrônico nº 362, julgado em 16/08/2017, Registro no Dje-225, de 02.10.2017, publicado em 03.10.2017, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, ficou estabelecido que "comprovada a histórica presença indígena na área, descabe qualquer indenização em favor do Estado.". (BRASIL, MPF, 2019).

#### **Jurisprudência Internacional**

Trata-se do Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua (2001). A Nicarágua outorgou uma área de terras ocupada pelos indígenas para

exploração por uma madeireira. Em 2001, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado à devolução do território:

(...) decide que o Estado deverá delimitar, demarcar e titular as terras que correspondem aos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni e se abster de realizar, até que seja realizada essa delimitação, demarcação e titulação, atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que atuem com sua aquiescência ou sua tolerância, prejudiquem a existência, o valor, o uso ou o gozo dos bens localizados na zona geográfica onde habitam e realizam suas atividades os membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, conforme o exposto nos parágrafos 153 e 164 da presente Sentença. (BRASIL, MPF, 2019, p.230).

### **6.5.3 Jurisprudência sobre o Direito à Permanência de Indígenas na Terra Durante o Processo de Demarcação - Impossibilidade de Reintegração de Posse de Não Indígenas**

Tupinambá de Belmonte - BA.

Intensos conflitos, seguidos de destruições de casas e plantações dos indígenas eram constantes na região. Os fazendeiros ajuizaram diversas ações de reintegração de posse. Em ação por iniciativa da Funai, o Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu referidas reintegrações até a conclusão do processo de demarcação das terras.

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AÇÃO REINTEGRATÓRIA DE POSSE. IMÓVEL RURAL. OCUPAÇÃO INDÍGENA. ORDEM DE RETIRADA DA COMUNIDADE INDÍGENA. ESTUDO ANTROPOLÓGICO. FUNAI. PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO PENDENTE. FORÇA DE SEGURANÇA NACIONAL. RISCO DE LESÃO À ORDEM E À SEGURANÇA PÚBLICAS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. SS 5049 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 11-11-2015 PUBLIC 12-11-2015.

#### **6.5.4 Jurisprudência sobre a Demora Excessiva na Demarcação de Terras Indígenas**

##### **Jurisprudência Nacional**

Os indígenas, habitantes Terras Indígenas Biguaçu, Corveta I e II, Rio do Meio, Garuva, Rio Bonito, Reta, Pindoty, Piraí e Tarumã, em Guarani RS, por muito tempo aguardaram a demarcação de seus territórios. O MPF iniciou ação civil visando acelerar os processos. Sentença do STJ, em 2007, julgou o pedido procedente, estabelecendo prazo de 24 meses para a conclusão do processo.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA O ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO. POSSIBILIDADE. RESP 1114012/SC, Ministra Relatora Denise Arruda, 1º Turma do STJ, em 10/11/2009.

##### **Jurisprudência Internacional**

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Caso do Povo Xucuru e seus Membros. Brasil (2018).

Diversas ações de reintegração de posse de fazendeiros obstaram a conclusão do processo de demarcação das terras indígenas. A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a necessidade e o direito dos indígenas:

(...) "O Estado deve concluir o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses, nos termos dos parágrafos 194 a 196 da presente Sentença." (BRASIL, MPF, 2019, p. 69).

### **6.5.5 Jurisprudência sobre a Nulidade dos Títulos de Propriedade Sobre Terras Indígenas**

#### **Jurisprudência Nacional**

Terra Indígena do Xingu - MT.

O Estado do Mato Grosso pediu indenização por desapropriação indireta em face da União e da Funai de terras indígenas do Xingu, sobre a qual pairavam títulos de propriedade privada. Entretanto, dado que as terras eram ocupadas tradicionalmente pelos indígenas desde o século XIX, referidos títulos foram considerados nulos de pleno direito.

INDENIZAÇÃO – ESTADO – TERRAS INDÍGENAS. Comprovada a histórica presença indígena na área, descabe qualquer indenização em favor do Estado. (BRASIL, MPF, 2019).

#### **Jurisprudência Internacional**

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Caso Xákamok Kásek vs. Paraguai (2010).

Para pagamento de dívida da Guerra da Tríplice Aliança (Guerra do Paraguai), 2/3 das terras do Chaco foram vendidas. A região era habitada por povos indígenas, que não foram informados da transação. A comunidade então reivindicou junto à Corte IDH parte das terras.

A sentença confirmou o direito dos indígenas: (...) "O Estado deverá, dentro do prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença, remover os obstáculos formais para a titulação dos 1.500 hectares em "25 de Febrero" em favor da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o disposto no parágrafo 293 desta Sentença." (BRASIL, MPF, 2019, p.166).

### 6.5.6 Jurisprudência sobre o Arrendamento de Terras Indígenas

O arrendamento de terras indígenas é expressamente proibido em nossa legislação, mas são comuns na prática, em várias regiões. Decisões nesse sentido são confirmadas pelas decisões nos tribunais. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FUNAI. ARRENDAMENTO AGRÍCOLA DE TERRA INDÍGENA. ILEGALIDADE. RESSARCIMENTO. BOA-FÉ. INEXISTÊNCIA.

Não há como reconhecer-se a validade dos contratos de arrendamento que tem por objeto terras indígenas, nem a boa-fé dos arrendatários, pois não é crível que desconhecêssem a ilegalidade da exploração agrícola no local, principalmente em virtude da tramitação de Inquérito Policial, destinado a apurar tais fatos. (BRASIL, MPF, 2019).

TRF4. Apelação Cível Nº 5000913-22.2013.4.04.7006/PR. Desembargadora Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha. 4ª Turma. *DJe* 29.5.2017.

### 6.5.7 Jurisprudência sobre o Ebulho Renitente

#### Jurisprudência Nacional

Indígenas Ofayé-Xavante - MS.

Os indígenas, ocupantes tradicionais das terras, foram perseguidos e expulsos por grupos de fazendeiros e exploradores de minério, tendo sido reduzidos de 2000 para atualmente cerca de 60 pessoas.

(...) A reivindicação das terras pelo grupo, através de incursões frequentes no lugar, de pedidos à autoridade pública, torna persistente o esbulho e impossibilita a pacificação, serenidade que justifica o apoio da CF aos títulos de propriedade anteriores. (BRASIL, MPF, 2019).

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA "OFAYÉ-XAVANTE". OCUPAÇÃO TRADICIONAL. EXPULSÃO SISTEMÁTICA DO GRUPO. POSTERIOR RETORNO. OCORRÊNCIA DE ESBULHO RENITENTE. MANUTENÇÃO DA TRADICIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. TRF3. AC 0000793-94.1993.4.03.6003/MS. Desembargador Relator Antonio Cedenho. 2ª Turma. DJe 1.9.2016.

## **Jurisprudência Internacional**

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai, 2006.

O caso foi apresentado na Corte pela Comissão interamericana de Direitos Humanos (CIDH), alegando que o Estado não garantiu o direito à posse, segurança alimentar, médica e sanitária dos indígenas. A sentença foi favorável, concluindo pelo "esbulho renitente":

(...) "Com relação ao primeiro argumento, a Corte considera que o simples fato de que as terras reivindicadas estejam em mãos de particulares não constitui, por si só, uma razão "objetiva e fundamentada" suficiente para negar *prima facie* os pedidos indígenas. Caso contrário, o direito de retorno não teria sentido e não ofereceria uma possibilidade real de recuperação das terras tradicionais, limitando-se apenas a aguardar a vontade dos atuais titulares, obrigando os indígenas a aceitar terras alternativas ou indenizações pecuniárias". (BRASIL, MPF, 2019, p.289, tradução nossa).

(...) "O Estado violou o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em prejuízo dos membros da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa, nos termos dos parágrafos 117 a 144 deste Julgamento." (BRASIL, MPF, 2019, p.292).

## 6.6 Direito à Proteção Ambiental

No capítulo anterior foi ressaltada a importância dos recursos ambientais para a saúde e bem-estar dos indígenas, já que se utilizam ostensivamente dos recursos ambientais para obterem suas plantas e outras medicações naturais.

A proteção aos recursos ambientais dos indígenas é tarefa compartilhada dos Estados, conforme preceitua o artigo 8, item 2b, da **Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas**, que estabelece inclusive o direito de reparação. (ONU, 2007).

A importância dos recursos ambientais para os indígenas é questão fundamental ligada ao seu modo de vida e de fortalecimento de sua identidade, pois com suas terras, águas, mares e outros, os povos indígenas desenvolveram relações espirituais que preservam e transmitem de gerações em gerações. Tal ligação é reconhecida como seu direito, conforme disposto no artigo 25.

O artigo 26, item 3, estabelece a responsabilidade do Estado para com o reconhecimento e a proteção jurídica de tais recursos, mediante processos de cuja elaboração e aplicação participem os indígenas, conforme previsto no artigo 27.

A Declaração prevê em seu artigo 28, item 1 e 32, item 3, o direito dos indígenas à reparação por perdas e aviltamentos aos seus recursos ambientais, na forma de indenizações ou de restituição.

De forma direta e amplamente, o artigo 29 estabelece:

Os povos indígenas têm direito à conservação e à proteção do meio ambiente e da capacidade produtiva de suas terras ou territórios e recursos. Os Estados deverão estabelecer e executar programas de assistência aos povos indígenas para assegurar essa conservação e proteção, sem qualquer discriminação.(ONU, 2007).

Na forma do **Estatuto do Índio**, a exploração das riquezas do solo nas terras em áreas indígenas é de sua exclusividade, observados requisitos da legislação aplicável, sob acompanhamento do órgão de assistência ao índio. A exploração da madeira das florestas deve ser feita de forma conjugada com projetos de

aproveitamento na agropecuária, indústria ou reflorestamento. (BRASIL, 1973, artigos 45 e 46).

### **6.6.1 Jurisprudência sobre o Direito à Indenização por Dano Etnoambiental**

#### **Jurisprudência Nacional**

O empreendimento Mineração Onça da Puma, de responsabilidade da Vale S/A, descumpriu exigências no tocante à apresentação de planos e programas de prevenção aos Povos Xikrin e Kayapó, impactados pelo projeto de exploração de ferro-níquel no sul do Pará. Isso levou à contaminação do principal rio utilizado pelos indígenas por metais pesados, causando-lhes doenças graves. Ação para impedir as atividades de mineração e respectiva indenização foi ajuizada pelo Ministério Público Federal.

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO MINERÁRIA (MINERAÇÃO ONÇA PUMA – MOP). IMPACTOS ETNO-AMBIENTAIS EM COMUNIDADES INDÍGENAS. ALDEIAS DO POVO KAYAPÓ E XIKRIN, LOCALIZADAS NA SUB-BACIA DO RIO CATETÉ E DO IGARAPÉ CARAPANÃ, NO ESTADO DO PARÁ. AUSÊNCIA DE IMPLEMENTAÇÃO DE CONDICIONANTES PREVISTAS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL (PLANO DE GESTÃO ECONÔMICA E AMBIENTAL E DEMAIS MEDIDAS COMPENSATÓRIAS). RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREENDEDOR (VALE S/A). TUTELA CAUTELAR INIBITÓRIA E FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROVISÓRIA. CABIMENTO.

#### **Jurisprudência Internacional**

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, de 2012.

Trata-se de reparação por danos ambientais provocados pelo Governo equatoriano ao conceder outorga para a exploração de petróleo em terras indígenas por parte de uma empresa privada.



Eis o entendimento da corte:

O Estado é responsável por ter colocado gravemente em risco os direitos à vida e à integridade pessoal, reconhecidos nos artigos 4.1 e 5.1 da Convenção Americana, em relação à obrigação de garantir o direito à propriedade comunal, nos termos dos artigos 1.1 e 21 do mesmo instrumento, em detrimento dos membros do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku, em conformidade com o exposto nos parágrafos 244 a 249 e 265 a 271 da presente Sentença. (BRASIL, MPF, 2019, p.645).

São garantidos, ainda, segundo assentamento jurisprudencial, os seguintes direitos de caráter ambiental:

- Direito ao EIA/Rima no Licenciamento de Pequena Central Hidrelétrica que impacte terra indígena (nacional e internacional);
- Direito ao licenciamento federal de empreendimento que cause impacto;
- Impossibilidade de perda do objeto da ação por conclusão de obra.

## 6.7 Direito à Educação

O **Estatuto do Índio** estabelece que a educação do País será adaptada para ser aplicada também aos indígenas, sendo orientada para sua integração à sociedade em geral.

Em específico, o artigo 48, menciona expressamente sobre o sistema de ensino: “Estende-se à população indígena, com as necessárias adaptações, o sistema de ensino em vigor no País”. (BRASIL, 1973). O artigo 49, estabelece alternativa adaptativa sobre a língua utilizada na alfabetização dos índios: “A alfabetização dos índios far-se-á na língua do grupo a que pertençam, e em português, salvaguardado o uso da primeira.” (BRASIL, 1973). O artigo 50 reforça a integração gradativa do índio na sociedade durante o processo de sua educação: “A educação do índio será orientada para a integração na comunhão nacional mediante processo de gradativa compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade nacional, bem como do aproveitamento das suas aptidões individuais”. (BRASIL, 1973). O artigo 51 preconiza que as crianças não deverão ser afastadas de seu convívio natural quando possível. O artigo 52 é explícito ao mencionar uma medida de adaptação do índio à cultura nacional: “Será proporcionada ao índio a formação profissional adequada, de acordo com o seu grau de aculturação.” (BRASIL, 1973).

O direito à manutenção e preservação de sua própria cultura se reflete na educação dos indígenas, conforme reconhecido no artigo 15, item 1 da **Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas** (ONU, 2007). Em decorrência desse aspecto, é importante que a sociedade em geral esteja consonante com o pleno exercício desses direitos pelos indígenas.

Tal disposição deve ser estimulada pelo Estado, conforme descrito no item 2 desse artigo, garantindo que os indígenas não tenham dificuldade de acesso à educação, mantendo para tal “boa relação com os todos os setores da sociedade” (ONU, 2007).

Nesse aspecto é garantido aos indígenas o direito de acesso à informação de que dispõe a sociedade em geral, tendo inclusive a faculdade de criar e manter seus

próprios meios e em sua própria sua língua para tanto. Dessa forma, a cultura indígena deve ser incentivada pelo Estado nos meios de comunicação público e privados da sociedade, de forma que esse objetivo seja plenamente facilitado (ONU, 2007, artigo 16, item 1 e 2).

Preocupação especial no tocante à educação das crianças é declarada no artigo 14, itens 2 e 3, quando é ressaltado a importância do Estado garantir acesso à educação em “todos os níveis, sem discriminação, em sua própria cultura e em seu próprio idioma”. Questão importante nesta direção é abordada no artigo 17, item 2, quando se busca evitar que a educação das crianças sejam impactadas pelo trabalho (ONU, 2007).

A importância da educação para a melhoria das condições sociais dos indígenas está expressamente disposta no artigo 21, item 1 da Declaração.

**Na Constituição Federal**, os objetivo para concretizar o direito dos indígenas à educação consta do artigo 210. Estabelece o dispositivo as condições para o ensino fundamental, assegura aos indígenas educação em sua língua materna, e que serão utilizados processos de aprendizagem próprios, com respeito aos seus valores culturais e artísticos. (BRASIL, 1988).

### **6.7.1 Jurisprudência sobre o Direito à Educação**

#### **Jurisprudência Nacional**

Ocupações por fazendeiros na Terra Indígena Ofaié-Xavante - MS, forçou o deslocamento dos seus povos para outras terras, que, posteriormente, foi inundada pela Hidrelétrica Engenheiro Sérgio Motta, tendo que se deslocarem novamente. Tais deslocamentos sucessivos prejudicaram a cultura indígena, atingindo inclusive sua língua materna. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública para

transformar a escola local em uma escola indígena, com a disponibilização de programa de ensino e horários adequados para estimular sua frequência.

O Tribunal Regional Federal - 3ª Região (TRF-3) declarou que “a transformação da escola já existente em escola indígena (...) não fere o princípio da independência entre os poderes, tampouco afronta a ordem orçamentária, haja vista tratar-se de obrigação constitucionalmente estabelecida e que é dever intransponível do Estado.” (BRASIL, MPF, 2019, p.774).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDUCAÇÃO INDÍGENA. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL CONSTITUCIONALMENTE ESTABELECIDO. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. NÃO CONFIGURADA. PERIGO DE EXTINÇÃO DO IDIOMA E DA CULTURA OFAYÉ XAVANTE. INTERVENÇÃO ESTATAL PARA GARANTIR O DIREITO À EDUCAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA DE IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESSENCIALIDADE DO DIREITO PRETENDIDO. OMISSÃO ESTATAL CONFIGURADA. DECISÃO JUDICIAL QUE ASSEGURA O DIREITO À EDUCAÇÃO, IMPONDO A OBRIGAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES E AO PACTO FEDERATIVO. NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES DO E. STF.

## **Jurisprudência Internacional**

Caso Xákamok Kásek vs. Paraguai, de 2010.

A maior parte da região do Chaco paraguaio, cerca de 2/3, foi vendida para pagamento de dívida da Guerra da Tríplice Aliança, conhecida como Guerra do Paraguai. Os povos indígenas que ali habitavam, ficaram confinados, com prejuízos aos meios de subsistência e à sua educação. As escolas se tornaram precárias, provocando grande evasão de meninos e meninas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CDH) determinou medidas no sentido de prover serviços de água, educação, assistência sanitária e acesso à alimentação daqueles povos:

(...) dotar a escola dos materiais e recursos humanos necessários para garantir o acesso à educação básica para meninos e meninas da Comunidade, prestando especial atenção a que a educação ministrada respeite suas tradições culturais e garanta a proteção de sua própria língua. (BRASIL, MPF, 2019, p.802).

## 6.8 Direito à Saúde

O direito à saúde, como condição essencial para a melhora das condições econômicas e sociais dos indígenas é garantido no artigo 21, item 1 da **Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas**. O item 2 caracteriza o dever do estado de garantir as medidas de forma a permitir condições favoráveis ao alcance desse preceito.

Cabe ressaltar, conforme já destacado no capítulo anterior, o direito dos indígenas de participar de sua elaboração e de administrar os programas de saúde que lhes sejam afetos, conforme artigo 23. (ONU, 2007).

No aspecto da autonomia, o artigo 24, item 1, garante aos indígenas o direito de manter seus próprios métodos médicos e fármacos, mantendo seu acesso a todos os serviços de saúde pública. É responsabilidade do Estado adotar as providências necessárias à consecução desses objetivos, conforme preconizado no item 2.

Para o pleno exercício dos métodos e práticas para a vida saudável, os indígenas dependem largamente dos recursos ambientais disponíveis em seu meio. Para tanto, o artigo 29 reconhece tal importância e estabelece a responsabilidade do Estado em proteger tais recursos da contaminação de agentes e materiais nocivos. (ONU, 2007).

O **Estatuto do Índio** estende aos índios o acesso à saúde garantidos à sociedade geral, com atenção especial às crianças, às gestantes, e idosos. Assegura também

a estes a participação do regime geral de previdência social. (BRASIL, 1973, artigos 54 e 55).

### **6.8.1 Jurisprudência sobre o Direito à Saúde Indígena - Princípios da Eficiência, da Reserva do Possível e da Separação dos Poderes**

#### **Jurisprudência Nacional**

Indígenas da etnia Tembé Tenetehara, habitantes das Terras Jeju e Areal no Pará, têm dificuldades do acesso à saúde pública, por não terem sido concluídos os processos de demarcação do território que ocupam. A união invocava os princípios da reserva do possível e da separação dos poderes para negar a prestação do serviço. O Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública, no intuito de garantir este direito fundamental.

(...) "O Estado não pode eximir-se de cumprir seus deveres institucionais sob a alegação de violação ao princípio da "reserva do possível".

(...) "Inexiste afronta à separação dos Poderes. Cabe ao Judiciário exercer o controle da legalidade dos atos dos entes públicos." (BRASIL, MPF, 2019, p.713).

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SAÚDE INDÍGENA. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DE CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL DE PRESTAÇÃO DE SAÚDE. DIREITO SOCIAL. RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA FOI ULTRA PETITA. DETERMINAÇÕES DA SENTENÇA QUE CONSTAM DOS PEDIDOS GENERICAMENTE ELABORADOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIO DA "RESERVA DO POSSÍVEL" E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ASTREINTES. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

A Jurisprudência Nacional e Internacional garantem também o Direito à Saúde em Terra Indígena Não Demarcada.

## 6.9 Direito ao Trabalho Digno

O direito ao trabalho digno, protegido segundo a legislação aplicável no âmbito nacional e internacional é garantido no artigo 17, item 1 da **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Em especial, declara em seu item 2 o dever do Estado de conferir proteção às crianças, visando a não exploração destas pelo trabalho. A não discriminação do trabalho do indígena em relação ao emprego e à remuneração está expressa no seu item 3 (ONU, 2007).

**O Estatuto do Índio** veda a discriminação do trabalhador indígena, garantindo a eles proteção trabalhista e previdenciária equivalente a todos os trabalhadores. Permite a adaptação das condições de trabalho de forma a favorecer a manutenção dos usos e costumes indígenas, sendo vedada sua contratação com índios isolados e necessária prévia autorização do órgão de proteção no caso de índios em integração ou que habitem parques ou colônias agrícolas. (BRASIL, 1973, artigos 14, 15 e 16).

O trabalho do indígena não integrado será fiscalizado permanentemente, sujeitos a sanções em casos de abusos.

### 6.9.1 Jurisprudência sobre o Direito ao Salário Maternidade

#### Jurisprudência Nacional

O Ministério Público Federal (MPF) ajuizou ação civil pública no sentido de garantir o salário-maternidade às indígenas gestantes menores de 16 anos. Tal peculiaridade admitida na cultura de várias etnias indígenas, não encontra correspondente no nosso sistema público de saúde, que prevê o benefício apenas para maiores de 16 anos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que é garantida a condição de segurada especial para mulheres indígenas, sem a limitação de idade.

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDÍGENAS MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS. CONDIÇÃO DE SEGURADAS ESPECIAIS. CONCESSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. CABIMENTO. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. REsp 1650697/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 04/05/2017. (BRASIL, MPF, 2019).



## **6.10 Direito de Participar das Decisões Que Lhes Afetem e Direito à Consulta Prévia**

Diversos artigos da **Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas** (ONU, 2007) estabelecem a participação, consentimento, ou a consulta aos indígenas acerca de medidas, procedimentos ou decisões que lhes afetem. São eles:

O artigo 10, que prevê o prévio consentimento dos indígenas sobre a realização de traslados de suas terras, quando necessários, mediante prévia indenização.

No artigo 11, item 2, encontramos previsão da participação dos indígenas em decisões ou processos que lhes afetem. No caso, refere-se à reparação devida pelos estados em caso de serem os indígenas impedidos de fruir, sem seu consentimento ou em detrimento de suas leis, de seus “bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais”.

O artigo 12, item 2, estabelece a construção conjunta de mecanismos para a repatriação de bens ou restos humanos.

Os artigos 14, item 1 e 15, item 1, estabelecem a participação dos indígenas na elaboração de medidas para garantir sua educação com respeito à sua cultura, seus meios de informação e seu próprio idioma.

O artigo 17, estabelece a consulta e cooperação dos indígenas para a elaboração de medidas protetivas do trabalho, evitando a exploração econômica ou a insalubridade de crianças.

Os artigos 18 e 19 são de especial amplitude ao estabelecer aos indígenas o direito de participar da tomada de decisões, medidas administrativas ou elaboração de leis que afetem seus direitos, bem como, para tanto, estabelecer seus próprios mecanismos e instituições de representação. Caberá aos estados consultá-los previamente sempre que necessário e ainda cooperar para o bom andamento dos entendimentos relativos.

O artigo 22, item 2, estabelece que as medidas para garantir a proteção a crianças e mulheres serão sempre estabelecidas em conjunto com os indígenas.

O artigo 23, estabelece a participação dos indígenas na elaboração de programas afetos às suas condições econômicas sociais, em especial nas áreas de saúde, e ainda a possibilidade de que eles mesmos administrem tais programas.

O artigo 27 traz uma diretriz especial ao reforçar por um lado o direito do indígena de participar do processo de reconhecimento de suas terras, e, por outro, a responsabilidade dos Estados, no tocante à condução deste processo e ao reconhecimento das leis, tradições, costumes e regimes de posse.

O artigo 28 estabelece o direito de reparações em caso de perda ou danificação das suas terras sem sua permissão.

O artigo 29 prevê o consentimento dos indígenas também para situações em que suas terras sejam prejudicados por manejos de materiais ambientalmente prejudiciais.

A participação dos indígenas é prevista também nos processos e decisões que resultem no uso de suas terras para fins militares, conforme artigo 30, itens 1 e 2.

O artigo 31, item 2, estabelece o direito de participarem da elaboração de medidas que busquem reconhecer os direitos sobre seu patrimônio cultural e intelectual.

O artigo 32, item 1 destaca o dever, por parte dos Estados, e ainda sua cooperação de boa-fé para que os territórios e recursos naturais de interesse dos indígenas sejam protegidos enquanto objeto de projetos que lhes afetem.

O artigo 36, item 2, estabelece consulta e cooperação aos indígenas para situações que envolvam relações fronteiriças que mantenham com seus povos ou com outros.

O artigo 38 reforça o direito de serem os indígenas consultados acerca de medidas legislativas que lhes causem impactos.

O artigo 41 estabelece a responsabilidade das instituições da ONU e intergovernamentais para garantir que os povos indígenas participem plenamente dos temas que lhes afetem.

**O Estatuto do Índio** estabelece no artigo 2º as obrigações do Estado para com os índios e suas comunidades. Em seu item VII, estabelece a participação dos índios em projetos que lhes beneficiem, sempre que possível. Esta visão retrata um ponto de vista que pode restringir a participação dos indígenas em condições que possam exigir atuação do Estado no sentido de facilitar sua autonomia na execução e participação em projetos de seu interesse.

Para que os interesses das minorias indígenas sejam levados em conta no Direito oficial, é preciso que o Estado se posicione horizontalmente em relação aos interesses desses povos, respeitando o direito que eles possuem à consulta prévia.

Como assegura Peruzzo (2017), é direito fundamental constitucionalmente previsto a diversidade cultural amparada em diálogo intercultural e pacífico, através do exercício eficaz da consulta prévia.(2017, p. 2711).

A Constituição estabelece que todo o poder emana do povo através de seus representantes, sendo objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação. Ainda conforme Peruzzo:

(...) constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade, nos quais se incluem as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver". (2017, p. 2711)

É neste aspecto que a Consulta prévia é meio de expressão do povo indígena que através dela se expressa, com seu modo de viver e sua cultura, fazendo-se conhecer do seu ponto de vista acerca das coisas que lhes dizem respeito, permitindo que tenham voz ativa nas decisões que lhe impactem, sejam principalmente no campo legislativo ou nos projetos públicos que lhes impactem.

Para que a participação democrática seja levada à eficácia, é preciso reconhecer que o diálogo nem sempre é obtido de forma tranquila, especialmente quando falamos da necessidade de equilibrar interesses diversos.

Assim, reveste-se o diálogo de questão chave, em que a busca de interação o mais harmoniosa e pacífica possível, aproxime os envolvidos no mesmo espaço de manifestação e expressão livre e democrática.

Para que interesses das minorias sejam levados em conta, é preciso compreender que a consulta prévia, ainda que sob a força do Estado, não pressupõe a plena e certa aceitação por parte dos indígenas.

A Convenção 169 da OIT ampara as regras para uma boa prática da Consulta Prévia. É importante considerar que, na maioria das vezes, não há aceitação imediata por parte dos indígenas das propostas em debate. Muitas vezes porque as consideram inoportunas ou inadequadas diante de seus interesses. Portanto, será necessário sempre se buscar o equilíbrio e o reconhecimento de parte a parte das razões em jogo, evitando-se por um lado radicalismos e por outro desinteresse em compreender o interlocutor.

A consulta prévia bem exercida se traduz em participação ativa dos indígenas no debate, e até mesmo na rejeição das propostas que não coadunem com os princípios constitucionais da proteção e da dignidade de seus povos.

Neste aspecto, ainda paira a forte noção de que os índios devem ser aculturados e se adaptarem ao modo de viver e da cultura da sociedade não indígena. Esta pretensão, dessa forma, resvala inclusive em muitas decisões judiciais envolvendo litígios do interesse dos povos indígenas, a despeito do processo de consulta prévia.

Tal situação revela que nossa democracia e a aplicação das leis que amparam o direito indígena ainda não são suficientes para lidar de maneira adequada e equilibrada com questões da defesa dos seus direitos.

Assim, o Estado deve se posicionar no processo de consulta de forma plural e horizontal em relação aos interesses desses povos, de forma a garantir a aplicação plena dos seus direitos. Sobretudo, deve estar presente a disposição de criar ambiente que facilite a efetiva participação dos indígenas nas decisões e na capacidade de se opor a temas que sejam conflitantes com seus interesses.

### **6.10.1 Jurisprudência sobre o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada**

O julgamento que resultou no Acórdão 00007098820064013903 tem como fato a exploração de recursos energéticos em área indígena (BRASIL, MPF, 2019). Trata-se de caso em que o Governo Federal não realizou a consulta aos indígenas na construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no estado do Pará. Na área, por onde passa o Rio Xingu, habitam povos indígenas e ribeirinhos.

Em ação civil pública, ficou evidenciado que o desvio das águas fatalmente resultará em danos irreparáveis à fauna e flora da região.

Muito embora presente a autorização do Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº. 788/2005, houve violação ao artigo 231 da Constituição Federal, §3º, e ainda de diversos dispositivos da Convenção nº. 169 da OIT.

A falta de atendimento ao preceito legal que determina a consulta prévia às comunidades indígenas afetadas foi reconhecida em decisão judicial.

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento aos embargos de declaração e, reexaminando o recurso de apelação interposto, deu-lhe parcial provimento. ACÓRDÃO 00007098820064013903, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:27/08/2012 PAGINA:316. (BRASIL, MPF, 2019).

### **Jurisprudência Internacional**

Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A questão foi tratada em 6 (seis) oportunidades pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CDH). Fora os seguintes precedentes:

Saramaka vs. Suriname, em 2007;  
 Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, em 2008;  
 Povo Indígena Kchwa de Sarayaki vs. Equador, em 2012;  
 Comunidade Garífuna Trinfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras, em 2015;  
 Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras, de 2015 e

Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname, em 2015. (BRASIL, MPF, 2019).

### **6.11 Estado de Direito na Perspectiva dos Direitos dos Povos Indígenas**

Os artigos 37, 43, 44, 45 e 46 da **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas** consolidam as bases jurídicas do alcance e aplicação dos direitos indígenas que estejam consubstanciados em tratados e todo normativo pertinente, pugnando pelo seu reconhecimento e aplicação, garantindo assim o Estado de Direito.

Os direitos indígenas, em seu todo, consolidam-se como base mínimas para sua “sobrevivência, dignidade e bem-estar”, igualmente garantidos para homens e mulheres. (ONU, 2007).

Os artigos 38, 39, 40, 41 e 42 definem as responsabilidades por fazer cumprir os direitos dos povos indígenas. Caracterizam como responsáveis os Estados, os órgãos especializados do sistema ONU e outras organizações intergovernamentais, incluindo o Fórum permanente sobre Questões Indígenas. Os artigos 39 e 40 definem ainda o direito à cooperação e procedimentos justos para a aplicação dos seus direitos, sempre com sua participação. (ONU, 2007).

Nos artigos 45 e 46 estão expressos as condições da boa-fé na interpretação e aplicação dos direitos dos indígenas, em especial pelos Estados, para que os dispositivos da Declaração não sejam utilizados em seu desfavor, de forma que seus direitos não sejam reduzidos ou suprimidos, bem como assim no artigo 37 em seu item 2. (ONU, 2007).

**Na Constituição Federal**, o artigo 109, inciso XI, define a competência da justiça federal para processar e julgar a disputa sobre direitos de interesse dos indígenas. Assim, refere-se àqueles interesses ligados ao seu modo de vida - sua cultura, tradições, línguas, crenças, costumes, cerimoniais, lugares sagrados -, bem como das terras que ocupam.

Em seu artigo 129, a Constituição Federal inclui dentre as funções institucionais do Ministério Público a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas. A Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993, regulamentou tal participação do Ministério Público, estabelecendo em seu artigo 37, inciso II, que aquele atuará "nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para a defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas (...)" (BRASIL, 1993).

O artigo 232 dispõe, por sua vez, que os índios, suas comunidades e organizações possuem legitimidade, dessa forma individual ou coletiva, para postular em juízo. Preconiza a participação do MP ao longo de todo o processo. (BRASIL, 1993).

### **6.11.1 Jurisprudência sobre o Direito à Função Contramajoritária do Judiciário**

A função contramajoritária do STF deve permear todos os processos em que uma das partes seja representante de minorias. O pronunciamento de voto do Ministro Celso de Mello destacou: (...) "A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito: a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional." ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212. (BRASIL, MPF, 2019 ).

### **6.11.2 Jurisprudência sobre o Direito à Revisão da Terra Indígena**

#### **Jurisprudência Nacional**

Povo Myky - MT.

O processo de demarcação das terras foi efetuado sem a observância de critérios técnicos e normas que regulavam a matéria. Em 2007 foi constituído grupo para revisar o correto polígono das áreas pertencentes aos indígenas.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ÁREA INDÍGENA. PRECEDENTE DO STF (PET. 3.388/RR). INAPLICABILIDADE. PORTARIA N. 1.573/2011. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR COMUNIDADE INDÍGENA (MYKY).

RESERVA INDÍGENA MENKÜ. REVISÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO. POSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE VÍCIOS INSANÁVEIS NO PROCESSO DEMARCATÓRIO ORIGINÁRIO. SENTENÇA REFORMADA. SEGURANÇA DENEGADA. AC 0012899-30.2012.4.01.3400, DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:08/05/2018. (BRASIL, MPF, 2019)

### **6.11.3 Jurisprudência sobre o Direito à Intervenção do MPF, Funai e União Previamente à Decisão Liminar**

Conforme julgado em Recurso Especial nº 840.150/BA, tendo como Relator o Ministro Castro Meira, da Segunda Turma, julgado em 10/04/2007, publicado pelo DJ de 23/04/2007, a concessão de liminar para a reintegração de posse em terras indígenas é vedada pelo artigo 63 da Lei nº 6.001/73 quando não ocorrer previamente audiência da União ou do órgão de proteção ao índio. (BRASIL, MPF, 2019, p. 246).

### **6.11.4 Jurisprudência sobre o Marco Temporal e Condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol**

#### **Jurisprudência Nacional**

Terras demarcadas antes da vigência da norma constitucional atualmente em vigor podem ter seu processo revisto para adequação no novo entendimento, conforme decisão do STJ em julgamento sobre a matéria. (MS 14987/DF, Relatora Ministra ELIANA CALMON, em 28/04/2010. Dje 10/05/2010).(BRASIL, MPF, 2019).



## **7 BREVE CRÍTICA AOS DISPOSITIVOS DE PROTEÇÃO DOS INDÍGENAS**

### **7.1 Lei nº 6.001, de 19 de setembro de 1973 - Estatuto do Índio**

Existem diversas propostas de atualização da legislação de proteção aos indígenas. Questões relevantes no campo dos direitos dos indígenas remetem a tratados internalizados pelo Brasil, que merecem ser levados em conta para um desejável aprimoramento. Um dos institutos recentes, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, abordada neste trabalho, é um importante guia para os trabalhos de revisão da nossa legislação.

### **7.2 A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas em Face dos Direitos Coletivos**

A partir da Segunda Guerra Mundial, especialmente diante das atrocidades produzidas pelo conflito, emergiu um contexto de crescente preocupação com os direitos humanos em todo o mundo, culminando com a criação da ONU, em 1945.

Como novo e desafiador paradigma na relação do Estado com suas minorias, foi criada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela ONU em 13/09/2007. A tendência ainda presente nos dias atuais, entretanto, é a de legar direitos humanos a documentos de regras legais, favorecendo a disseminação do discurso de dominação das elites. Enquanto países de ideais liberais mais avançados produziram avanços na proteção de direitos humanos, a exemplo de Estados Unidos e da Europa, países mais atrasados continuam à margem desse patamar.

Nada obstante, “À luz da universalidade dos direitos humanos, atentou-se para a importância da prevalência do princípio da não-discriminação” (FILHO e BERGOLD, 2013, p. 38), além de políticas voltadas para o bem coletivo, em novos atos normativos. Tal fato se consolidou a partir de então, impulsionado pelo interesse da comunidade internacional.

No Brasil, a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, foi adotada em 1957 e internalizada pelo Decreto 58.824, de 14/07/1966. Seu artigo 1º estipulava no item 1 que competia aos governos promover a integração das populações em seus respectivos países. (FILHO e BERGOLD, 2013, p.41).

Posteriormente este dispositivo foi revogado pelo Decreto 10.088, de 05/11/1989, que estabeleceu então a Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais.

Em 1966 foi promulgado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que estabeleceu importantes conceitos fundamentais. Nele é garantido o direito à autodeterminação dos povos, que podem assim estabelecer sua ordem política, e buscar seu desenvolvimento econômico, social e cultural. (FILHO e BERGOLD, 2013, p.41).

A Convenção 169 da OIT, adotada em Genebra, em 27/6/1989, estabelece, por exemplo, que governos deverão construir políticas com respeito e participação dos povos interessados. O termo "populações" foi substituído por "povos indígenas", determinando avanços no conceito jurídico e na sua expressão de identidade. Importante direito garantido na convenção foi a propriedade das terras indígenas pelos seus povos.

Em 1977 os indígenas tiveram suas reivindicações ouvidas pela primeira vez na Conferência Internacional de Organizações Não-Governamentais das Nações Unidas, dando início a movimentos ativistas internacionais.

Em 1985 foi iniciado o trabalho de elaboração da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que contou com a participação dessas minorias.

O Fórum Permanente da ONU para Assuntos Indígenas (UNPFII) foi criado somente em 28/7/2000 por meio da Resolução 2000/22, do Conselho Econômico e Social (ECOSOC).

Após passar por várias reformulações ao longo de muitos debates, em 13 de setembro de 2007, a carta foi aprovada na Assembleia Geral a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que contou com o voto favorável do Brasil e desfavoráveis de Estados Unidos, Nova Zelândia e Austrália. (FILHO e BERGOLD, 2013).

Em seu artigo 1, a Declaração preconiza importante avanço ao reconhecer o princípio de dignidade como direito da coletividade dos indígenas:

(...) como povos ou como pessoas, ao desfrute pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal de Direitos Humanos e o direito internacional relativo aos direitos humanos. (ONU, 2007)

Esse reconhecimento induz ao essencial conceito da cidadania, enquanto titular o indígena de direito e deveres cívicos, civis e sociais.

A carta traz importante progresso nesse sentido ao reconhecer vários direitos dos indígenas como povos, quais seja, por exemplo: o autogoverno, a autodeterminação dos povos, o de participar da vida política, de possui suas estruturas institucionais, de manter sua cultura, de participação nas políticas públicas de seu interesse, às terras que ocupam ou que adquiriram e seus respectivos recursos naturais.

Nada obstante, existem críticas de setores colonialistas e conservadores, que alegam que ela é contrária “soberania estatal” e à “uniformidade constitucional”, e “nos discursos míticos de Justiça e Ordem”. (FILHO e BERGOLD, 2013, p.50). Tais críticas, entretanto, são em geral desprovidas de fundamentação com base na realidade.

Cabe ressaltar que importantes conquistas na Carta e também preconizadas em nossa Constituição de 88, ainda não são traduzidas na legislação ordinária.

Historicamente, os indígenas enfrentam barreiras para verem suas denúncias serem reconhecidas e devidamente tratadas pela justiça dos Estados e pela comunidade

internacional. Sua autodeterminação é a mais frequente reivindicação dos povos indígenas, quando lutam pelo reconhecimento dos seus direitos civis no âmbito internacional. A maior barreira reside no temor, por parte dos Estados nacionais, de que eles busquem exacerbar sua autonomia e que isso resulte em separação ou secessão. Tal motivação, entretanto, não encontra amparo na cultura indígena.

A Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas trouxe importantes avanços no reconhecimento de seus direitos no plano internacional. É importante destacar que, segundo Filho e Bergold, três aspectos continuam a ser essenciais para os povos indígenas: "proteção do conhecimento tradicional, luta pela terra e representação nos organismos internacionais". (2013, p. 55).

### **7.3 A Constituição Federal de 1988 e os Direitos dos Povos Indígenas**

A Constituição de 88 foi uma conquista na direção da garantia dos direitos indígenas. A luta pela terra é um dos principais motivos de articulações de organização junto a outros povos e etnias, movimentos sociais e Ongs. A Lei 6.001 de dezembro de 1973, o Estatuto do Índio foi uma dessas conquistas. O Estatuto, entretanto, traz em sua concepção a visão de tutela da proteção aos índios pelo Estado. Tal concepção influenciou no processo de demarcação das terras indígenas.

Associações civis de defesa dos índios surgiram a partir de 1980, gestadas no período do governo militar. A partir da redemocratização, em 1985, surge o Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário.

No plano internacional foi feita uma revisão da Convenção 107 sobre populações indígenas e tribais, aprovada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em Genebra em 1957, cujos referenciais ainda eram assimilacionistas e integracionistas. (PEREIRA, 2016, p.5).

Essa convenção não contou com a participação ativa dos indígenas, o que logrou fato somente na Convenção nº 169, quando os Estados passaram a ser responsáveis pelo reconhecimento dos direitos dos indígenas.

A partir daí aumentaram os movimentos reivindicatórios organizados dos índios no que se refere à reocupação de seus territórios antigos e tradicionais, com significativos avanços.

A Constituição de 88 abandona o conceito assimilacionista e integracionista ao conceber a visão dos direitos indígenas, preconizando no Capítulo VIII Dos Índios seus principais postulados. O Estado brasileiro passa a reconhecer os direitos dos indígenas de existir como povo de legítimos interesses e culturas próprias, fundado na diversidade étnica do País. Destaca-se a definição da competência da Justiça Federal para as questões indígenas, diluindo as pressões das elites locais contrárias aos interesses dos índios, e, ainda, a atribuição ao Ministério Público Federal para sua defesa.

A Constituição Federal reconhece o direito dos indígenas ao uso da diversidade natural inerente ao ecossistema em que habitam, aos usos e frutos dos recursos existentes em seus territórios, bem como a proteção integral da posse de suas terras, e o direito a um meio ambiente preservado. Reconhece a diversidade cultural e a pluralidade étnica e social de todos os povos.

Dessa forma, passou a representar importante instrumento na proteção dos direitos dos indígenas, elevando-os da condição de elementos de integração para participantes com poder de atuação junto à sociedade brasileira nos temas mais importantes que lhes dizem respeito.

Em março de 1996 o Brasil concluiu a elaboração do primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH1). Posteriormente, criou órgãos nacionais para a gestão das políticas públicas direcionadas aos direitos humanos. Faltam, entretanto, direcionamentos específicos para os povos indígenas. Como ausência desse devido foco, houve um aumento de morte de crianças indígenas por subnutrição no Brasil, além de outros impactos nas minorias mais atingidas pela desigualdade.

A política pública deveria estar calcada na ética e na visão global da vida humana. O Estado deve buscar a participação popular ao elaborar e implementá-las, de forma permanente e ampla, com observância dos instrumentos Constitucionais, legais e acordos internacionais de que faz parte.

Permanece ainda pendente de regulamentação o §6º do art. 231 da CF/88, condição essencial para a proteção dos direitos indígenas. Ressalte-se, ainda há longo caminho até o estabelecimento de uma ordem democrática que promova com suficiência os direitos e anseios mais caros aos povos indígenas.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A diversidade cultural, social e linguística dos povos indígenas integra a multiculturalidade brasileira. Reconhecer, proteger e garantir o direito dos indígenas é requisito para que o Brasil esteja inserido no rol das nações que respeitam os direitos humanos e os das minorias.

Só assim o país poderá se posicionar ativamente nas principais decisões e acordos do mundo globalizado, em que o respeito aos direitos humanos e a proteção dos recursos ambientais sejam levados em conta.

Necessário se faz conhecer melhor as questões indígenas e o alcance do tratamento de seus direitos diante da legislação nacional e dos tratados internacionais, além dos dispositivos jurisprudenciais.

Este estudo demonstra que, nada obstante uma legislação atualizada e a internalização de conceitos elevados de proteção aos povos indígenas, há muito o que se avançar na missão de tornar realidade a aplicação e garantia de seus direitos.

Para que os operadores do Direito possam melhor lidar com as novas e complexas atuais questões que envolvem os direitos indígenas, é crucial superar antigos conceitos jurídicos. A noção de imparcialidade do Estado e a neutralidade nas decisões judiciais são algumas delas. Posições conservadoras têm sido frequentemente evocadas na atuação judiciária.

Para avançarmos na direção de uma sociedade verdadeiramente democrática, há que se buscar o pluralismo em todas as áreas de interação legal e cultural, especialmente ao tratar questões no âmbito desses novos direitos indígenas e da perpetuação de seus povos.

## 9 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessado em 27/06/2022.

BRASIL. **Estatuto do Índio**. Lei nº 6.001/73. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6001-19-dezembro-1973-376325-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acessado em 27/06/2022.

BRASIL. **Lei nº 6.001**. de 19 de dezembro de 1973. Diário Oficial da União de 21.12.1973, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)>, acessado em 14/07/2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75** de 20 de maio de 1993. Diário Oficial da União de 21.05.1993, disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm)>, acessado em 31/08/2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. **Manual de jurisprudência dos direitos indígenas**: populações indígenas e comunidades tradicionais. Brasília. MPF, 2019.

COELHO, Elizabeth Maria Beserra. **O Novo Cenário do Campo Indigenista**: a tensão entre a perspectiva assimilacionista e o respeito à diversidade cultural. BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais. São Paulo, SP, Brasil, 1999. Disponível em: <[https://www.anpocs.com/index.php/papers-27-encontro-2/gt-24/gt15-20/4240-ecoelho\\_o-novo/file](https://www.anpocs.com/index.php/papers-27-encontro-2/gt-24/gt15-20/4240-ecoelho_o-novo/file)>. Acesso em 14/07/2022.

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar. **Os Direitos dos Povos Indígenas no Brasil**: desafios no século XXI. Ed. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

GONTIJO, André Pires. **Constitucionalismo compensatório como discurso em matéria de direitos humanos**: limites e possibilidades de interação dos julgamentos da Corte Interamericana de Direito Humanos com os Estados da América Latina. Tese (Doutorado em Direito das Relações Internacionais). Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2016.

OLIVEIRA, Fábio Falcão. ALMEIDA, Edir Antonia. **Temas em Direitos Humanos e Atualidades**: processos de descolonização e práticas libertárias. Rio de Janeiro: Zume, 2022.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. 2007. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados\\_e\\_Convencoes/Indios/declaracao\\_universal\\_direitos\\_povos\\_indigenas.htm](https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Indios/declaracao_universal_direitos_povos_indigenas.htm)>. Acessado em 27/06/2022.



ONU. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe -CEPAL. **Os Povos Indígenas na América Latina: avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos.** Santiago. Chile. 2015.

PACHECO, Rosely Aparecida Stefanos. **A Dinâmica das Mobilizações Sociais Indígenas e os Novos Desafios para o Direito.** Revista da Faculdade de Direito UFPR.

PEREIRA, Nilda da Silva. **A Política Pública Brasileira como um Direito Humano das Populações Negras e Indígenas: algumas dificuldades de bases estruturantes para sua realização.** Fronteiras: Revista de História. Dourados MS.

PERUZZO, Pedro Pulzatto. **Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil.** Revista Direito & Praxis. Rio de Janeiro.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** São Paulo: SARAIVA, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: SARAIVAJUR, 2020.

STF - **Pet: 3388 RR**, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 03/04/2009, Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 16/04/2009 PUBLIC 17/04/2009. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%202051#:~:text=SUM%C3%81RIO-,Art.,respeitar%20todos%20os%20seus%20bens>. Acesso em 14/07/2022.