



**A CRISE DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FACE A
MINORIA INDÍGENA DIANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NO
ATUAL CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO**

THE CRISIS OF THE DIMENSIONS OF FUNDAMENTAL RIGHTS FACING THE
INDIGENOUS MINORITY BEFORE THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988 IN
THE CURRENT BRAZILIAN LEGAL SCENARIO

Julia Thais de Assis Moraes¹

RESUMO: O presente trabalho visa analisar a crise das dimensões dos direitos fundamentais no contexto dos direitos indígenas, por meio da anulação da demarcação da terra indígena Panambi Lagoa Rica em Mato Grosso do Sul. O direito à terra torna-se o elemento central desta análise, visto que é reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como o pressuposto para a efetivação dos demais direitos constitucionais que envolvem a comunidade indígena. O direito as terras originárias proporcionam aos indígenas a efetivação de sua identidade étnica e consequentemente a dignidade humana, que é um dos princípios da República Federativa do Brasil. A fundamentação é dada por: Barbieri (2008), Bobbio (2003), Sarlet (2015), Santilli (2000), Silva (2016). Emprega-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, exploratória e qualitativa.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direitos constitucionais reconhecidos aos indígenas; Direito a terras originárias; Direito à autodeterminação; Anulação da terra Panambi Lagoa Rica da guarani kaiowá em Mato Grosso do Sul.

¹ Mestranda em Teoria Geral do Direito, pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus Três Lagoas, UFMS/CPTL. E-mail : juliamoraes094@outlook.com.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the crisis of the dimensions of fundamental rights in the context of indigenous rights, by annulling the demarcation of Panambi Lagoa Rica indigenous land in Mato Grosso do Sul. The right to land becomes the central element of this analysis, since it is recognized by the Federal Constitution of 1988 as the presupposition for the implementation of the other constitutional rights that involve the indigenous community. The right to native lands provides the indigenous with the realization of their ethnic identity and consequently human dignity, which is one of the principles of the Federative Republic of Brazil. The reasoning is given by: Barbieri (2008), Bobbio (2003), Sarlet (2015), Santilli (2000), Silva (2016). The methodology of bibliographic, exploratory and qualitative research is used.

Keywords: Fundamental rights; Constitutional rights recognized for indigenous peoples; Right to native lands; Right to self-determination; Land annulment Panambi Lagoa Rica da guarani kaiowá in Mato Grosso do Sul.

INTRODUÇÃO

Os indígenas possuem uma importância histórica no contexto brasileiro, que reside no fato de terem sido a principal matriz étnica fundante de terras brasileiras. Os indígenas proporcionam uma diversidade inerente ao Estado Democrático de Direito.

A diversidade étnica proporciona um país ideologicamente integrado territorialmente de diversidade de culturas e etnias. Sendo os indígenas dotados de uma cultura própria, organizações sociais, línguas, religiões, elementos que agregaram características especiais à identidade do homem brasileiro (PEREIRA, 2002, p. 45).

Os indígenas representam a riqueza multicultural, o respeito ao meio ambiente e ao ecossistema, o cuidado da índia com seu filho que não permite se desgrudar por nenhum minuto, colado em seu peito em tempo integral, de “mochila” por eles inventada e copiada por todos nós (BARBIERI, 2008).

E para garantir a riqueza multicultural e um estado plural na esfera indígena discutir os direitos fundamentais torna-se primordial. Uma vez que os indígenas integram a

República Federativa do Brasil que possui como um de seus objetivos promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E para tanto efetivar os direitos reconhecidos no Capítulo VIII da Constituição Federal de 1988, tal como o reconhecimento e demarcação das terras originárias se faz imperativo.

Os direitos indígenas estabelecidos no referido capítulo constitucional enfrentam graves violações, como a exemplo da anulação do território tradicional Panambi Lagoa Rica dos guarani kaiowá. Decisão que infringe demais direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana no âmbito das comunidades indígenas, o direito à autodeterminação, a identidade étnica, causando uma crise em relação as dimensões dos direitos fundamentais no campo de uma minoria historicamente exposta as margens do Estado Democrático de Direito.

A atual Constituição estabelece um capítulo exclusivo aos direitos indígenas (Capítulo VIII, artigos 231 e 232), reconhecendo-os em conformidade aos seus costumes e tradições, conferindo a eles o direito à autodeterminação, possibilitando o direito a diferença, denominado também como direito a alteridade.

O direito a alteridade indígena rompe com paradigma assimilacionista ou integracionista que outrora foi adotado pelo estado brasileiro que não conhecia os índios de acordo com sua identidade étnica. As políticas estatais eram conduzidas pelo processo de aculturação (RIBEIRO, 1982) que submetiam os indígenas a se adequarem aos costumes do homem branco e não mais praticar ou viver conforme suas tradições (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p.70). Passa-se adotar o paradigma da constitucionalização dos direitos indígenas, que culmina na normatização do direito a alteridade (BARBIERI, 2008, p. 69), e consequentemente em usufruírem de todos os direitos constitucionais de modo que sua diferença seja considerada.

No cenário da constitucionalização dos direitos indígenas, os direitos fundamentais, começam a ser tratados em uma perspectiva diferenciada, de modo que atenda especificidade da identidade indígena. E para efetivação de direitos fundamentais na perspectiva, reconhecer e efetivar o direito a demarcação as terras originárias torna-se pressuposto para que o demais se concretizem.

1. BREVES COMENTÁRIOS AO HISTÓRICO INDÍGENA GUARANI KAIOWÁ EM MATO GROSSO DO SUL

O projeto de aldeamento indígena foi estabelecido no território nacional desde o período imperial (CAVALCANTE, 2012, p. 12), destacando-se nas províncias que não possuíam áreas exploradas e colonizadas. Iniciado na década de 1840 pelo Barão de Antonina. Em 1850, o Barão elaborou a Lei de Terras, que objetivava contratar sertanistas para demarcar glebas para suas fazendas. Legislação considerada como precursora na organização da propriedade privada no país.

Com isso, em 1863, os trabalhos da fundação do aldeamento Indígena Antonina foram iniciados, associando-se à colônia militar de Dourados (CHAMORRO, 2016, p. 217-218). A expulsão dos indígenas guarani kaiowá foi articulada a partir de 1880, após a guerra do Paraguai, quando a Companhia Matte Laranjeira (1882) se instalou na região. A companhia deslocou um grande contingente populacional indígena, cuja mão de obra nos ervais era predominantemente indígena, exercidas em jornadas de trabalho exaustivas.

Para Chamorro (2016, p. 221), a instalação da referida companhia provocou uma forçada dispersão das comunidades indígenas e perturbou as suas formas de produção, consumo e sociabilidade tradicionais. Diante desse cenário, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), atuante entre 1915 e 1928, demarcou oito reservas indígenas que objetivavam aglomerar a diversidade populacional étnica dispersas no território sul do atual Estado de Mato Grosso do Sul, antiga província nomeada Mato Grosso (PEREIRA, 2003, p. 140)

As demarcações de reservas indígenas elaboradas pelo Estado buscavam dirimir os conflitos exploratórios dos indígenas pela erva mateiros (ARRUDA, 1997, p. 115). No entanto, as reservas tornaram-se centros de negociação da mão de obra indígena. Institucionalizou-se a exploração econômica de terras indígenas não demarcadas, mas que eram povoadas por eles (CHAMORRO, 2016, p. 222).

Em 1948, foi iniciada a negociação para delimitar uma área mínima que pudesse garantir a sobrevivência dos guarani kaiowá da região. Em 1950, restaram aos indígenas sete lotes da Colônia Agrícola Federal de Dourados (CAND). Os sete lotes da colônia corroboravam o processo de expropriação territorial e a transferência compulsória dos

grupos para dentro das pequenas reservas previamente criadas naquele exíguo território; geraram também a expulsão dos indígenas de áreas colonizadas.

A partir da década de 1950, a instalação de empreendimentos agropecuários em outros espaços ocupados pelos guarani kaiowá, expandiu-se, acentuando o processo de desmatamento e dispersão do territorial. Em 1970, a soja e a mecanização da produtividade agrícola adentraram a região povoada por indígenas, em contrapartida, a mão de obra indígena foi dispensada. A substituição dos restos de mata, capoeiras e campos pela monocultura da soja, comprometeu a biodiversidade, essencial para o modelo guarani kaiowá.

2. A DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DA CF/88 RELACIONADA COM O DIREITO ÀS TERRAS TRADICIONAIS

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988; elencada no artigo 1º, III, do texto constitucional. Sendo uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade (BARCELLOS, 2002, p. 181).

O Estado Democrático de Direito cria complexo de direitos e deveres fundamentais para que seja assegurada a proteção contra qualquer ato de cunho degradante e desumano. E se compromete a garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, direitos que criam as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (SARLET, 2010, p. 70).

A dignidade da pessoa humana, no contexto dos direitos indígenas, se projeta no sentido da preservação de sua cultura, assegurando o direito aos seus costumes, às crenças, às tradições (SARMENTO, 2010, p. 302). Esses elementos, para serem efetivados, necessitam de um espaço singular denominado *terras originárias*.

Os indígenas possuem uma relação com a terra que antecede a formação do Estado, direitos ditos originários (TREVISAM; SANTOS; VILAR, 2014, p. 10). Nesse sentido, a Constituição de 1988 consagrou o princípio de que os índios são os primeiros e naturais senhores da terra, alinhando-se à tese do indigenato, que é tratada em capítulo específico.

A definição de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios encontra-se no §1º, do artigo 231, da Constituição Federal de 1988. Assim, o Poder Público está obrigado a

promover este reconhecimento, sempre que uma comunidade indígena ocupar determinada área nos moldes do artigo 231.

A preservação da cultura indígena está estritamente relacionada à dignidade da pessoa humana, por meio do reconhecimento das terras originárias. O reconhecimento das terras tradicionais é pressuposto para seus costumes, crenças e tradições e conseqüentemente exercerem os demais direitos que alicerçam o Estado Democrático de Direito (TREVISAM, SANTOS; VILAR; 2014, p. 15).

3. O DIREITO À TERRA INDÍGENA NO BRASIL COLONIAL

A Carta Régia de 1.611, proclamada em 10 de setembro também por Dom Filipe III, inaugura a normatização do direito à terra aos indígenas. Assegurando o direito à terra onde os indígenas se localizavam, não podendo ser obrigados a retirarem-se sem consentimento (GUARANY, 2016, p. 119).

Em 1.680, a garantia de terra ao povo indígena foi reforçada com o Alvará Régio de 01 de abril. O documento afirmava que os indígenas eram senhores de seus domínios, a também propiciava aos índios desaldeados um lugar para sobreviverem, uma vez que os direitos às terras pelos indígenas eram considerados primários e naturais (VILLARES, 2009, p. 54).

O ano de 1700 também foi marcado por diversas normas que protegiam os direitos indígenas assegurados no Alvará Régio. Destaca-se a lei de 06 de julho de 1.755, conhecida como Lei Pombalina, e o Diretório dos Índios de 1758.

E, para encerrar o período colonial no que se refere à proteção as terras indígenas, em 1819, D. João VI assinou duas provisões legais que reconheceram o domínio das terras aos povos indígenas, declarando serem as terras onde se localizavam as aldeias, inalienáveis (GUARANY, 2016, p. 121).

4. DIREITO ÀS TERRAS INDÍGENAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ATÉ A CF/88

A Constituição de 1934 foi a primeira a dar tratamento constitucional ao direito à terra pertencente aos povos indígenas nomeados pelo texto constitucional silvícolas. Adotou expressamente a teoria do indigenato, sendo o Estado que tutelava os direitos e interesses indígenas, determinando que as terras ocupadas por índios seriam propriedade da União (CAVALCANTE, 2013, p. 158-239).

Quando o texto constitucional declara que cabe aos silvícolas a posse permanente das terras por eles habitadas, isso não significa um simples pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas especialmente uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis são destinadas para sempre ao seu habitat (SILVA, 2014, p. 875).

À terra indígena foi conferida natureza jurídica de direito natural, por ser um direito preexistente ao próprio reconhecimento constitucional. Constituindo-se como um direito pertencente à comunidade indígena e anterior a qualquer ordenamento legal, e, portanto, originário (SILVA, 2016, p. 87).

A Constituição de 1937 conservou o direito à terra como direito originário, e a competência cabia à União (BARBIERI, 2008, p. 100). As Constituições seguintes, 1946 e 1967, repetiram a regra da Constituição de 1934, adotando o indigenato, como sendo o parâmetro normativo a tratar a questão indígena.

A Constituição de 1946 preservou o direito à posse das terras indígenas, todavia, alterou a parte final do texto normativo, passando a utilizar o termo “com a condição de não transferirem” no lugar de “vedada sua alienação” e não implicando em interpretações diversas das transmitidas pelas constituições anteriores (1934 e 1937).

A Constituição Federal de 1967 manteve a competência exclusiva da União para legislar sobre a integração do indígena à comunidade nacional. Essa Constituição previu as terras ocupadas por indígenas como bem da União, conferindo uma proteção mais efetiva aos direitos à terra, impedindo as alienações de terras indígenas promovidas pelos Estados e Municípios e a usurpação feita por posseiros e pelas oligarquias rurais locais (VILLARES, 2009, p. 111).

Por fim, a Constituição de 1967 concedeu o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes na terra, além da posse da terra. O usufruto exclusivo inovou a posse tradicional, passou a transmitir a ideia de habitat, proporcionando aos indígenas um território futuro, e não mais apenas como uma posse referente a uma ocupação pretérita.

A emenda constitucional nº. 01, de 17 de outubro de 1969, também manteve as terras indígenas como bens da União, e sua competência exclusiva para legislar acerca da incorporação do indígena à sociedade (BARBIERI, 2008, p. 53). Seguiu prescrição constitucional anterior de 1967, referindo-se à posse permanente, de modo a assegurar aos indígenas um habitat, para que permanecessem livres de possíveis esbulhos.

Em 1988, com a Constituição Cidadã, os direitos indígenas passam a ter um tratamento diferenciado, sendo a eles dedicado exclusivamente um capítulo do rol normativo. O paradigma adotado é da constitucionalização dos direitos indígenas, dando ênfase à especificidade e à diferença do índio, respeitando sua cultura e hábitos próprios dentro da sociedade nacional (BARBIERI, 2008, p. 69).

5. A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO À TERRA INDÍGENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 dedica aos direitos indígenas o Capítulo VIII, e destaca a preocupação constitucional em promover o bem de todos, sem qualquer distinção. A constitucionalização de direitos inerentes aos índios rompe com a tutela assimilacionista, que colocava o Estado como responsável a tutelar os atos indígenas (SANTILLI, 1993, p. 73). Tutela orientada pelo paradigma integracionista, que considerava os indígenas como sujeitos em patamares inferiores a sociedade, por causa de seus costumes e identidade.

O texto de 1988 retrata uma era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas (SILVA, 2016, p. 850). As vantagens trazidas passam a ser representadas por mecanismos oficiais os quais proporcionam aos índios um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Assim, aborda, pela primeira vez na história

das Constituições, o que seria terra indígena, reconhecendo no próprio texto constitucional os direitos originários às terras.

Quando a Constituição coloca o direito à terra como um direito originário, legitimando, assegurando que a ocupação tradicional proporciona a obtenção desse direito (SILVEIRA, 2015, p. 249). Ao reconhecer o direito originário da terra ao indígena, a Constituição Federal de 1988 fundamenta-se em tempos da Colônia, especificamente no Alvará de 1º de abril de 1.680, que estabelecia que às terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos povos indígenas, primários e naturais senhores dela, sendo esse um direito congênito. (MENDES JUNIOR, 1912, p. 180).

O artigo 231 dispõe sobre o direito a ser exercido pelos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à união demarcá-las, proteger e fazer respeitar os seus bens (LIMA, 2016, p. 110). Determina também que os direitos sobre as terras são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis.

O conceito de terra indígena elucidado pela CF/88 apresenta quatro elementos: a) habitação em caráter permanente; b) a utilização da terra para atividades produtivas; c) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e d) necessárias à sua reprodução física e cultural (SILVA, 2005, p. 855). Dessa forma, a interpretação sobre terras, tradicionalmente, passa a ser relacionada ao modo que os povos indígenas se relacionam com a terra para garantirem sua sobrevivência física e cultural (SANTILLI, 2005, p. 59).

6. PROCEDIMENTO PARA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

O procedimento para a demarcação de terras indígenas é orientado pelo artigo 231 da CF/88, Estatuto do Índio (Lei nº 6001/73), Portaria/MJ nº 14/96 e pelo Decreto 1775/96. A Constituição Federal, em seu artigo 231, prevê aos índios o direito à posse permanente e usufruto exclusivo das terras que ocupam, determinando ser de competência da União a demarcação e proteção (ALMEIDA, 2013, p. 158).

O Estatuto do Índio reafirma a competência da entidade federativa União para demarcar as terras indígenas. A Portaria/MS nº 14/96 diz respeito sobre às regras de elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere

o parágrafo 6º, do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. E o decreto nº 1.775/96 dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e outras providências.

As fases de demarcação são: identificação e delimitação; aprovação e publicação; impugnação, decisão e demarcação propriamente dita, homologação e registro (CAVALCANTE, 2016, p. 8). A identificação se dá quando se constata que um determinado território é imprescindível para os usos e costumes de uma determinada comunidade indígena e conseqüentemente precisa ser delimitada e ao definir os locais de interesse pela comunidade indígena envolvida.

A fases seguintes, como a aprovação, publicação, impugnação, cumprem o art. 5º, LV, da Constituição Federal, assegurando aos litigantes em processo administrativo, o direito ao contraditório e ampla defesa. Assim, os interessados diretamente envolvidos têm a oportunidade de participar do procedimento, inclusive com a possibilidade de influenciar sobre a limitação territorial a ser fixada pela Administração (ALMEIDA, 2005, p. 11). E, por fim haverá a demarcação propriamente dita e o registro da terra indígena.

A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios fundamenta-se em trabalhos desenvolvidos por antropólogos de qualificação reconhecida, que elaboraram em prazo fixado na portaria de nomeação, baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

O órgão federal de assistência ao índio designa grupo técnico especializado, constituído preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional. Com orientação antropológica visando a realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental necessários ao levantamento fundiário da delimitação. O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases. O grupo técnico solicitará, quando pertinente, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos complementares mencionados no parágrafo anterior.

Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio (FUNAI), caracterizando a terra indígena a ser demarcada. De acordo com a Portaria nº 14, de 09/01/96, o relatório

deverá possuir dados gerais: informações gerais sobre os grupos indígenas envolvidos, filiação cultural e linguística e as características da terra indígena a ser demarcada.

Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, o resumo do texto no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação, poderão os Estados e Municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior. Esse prazo para contestação objetiva pleitear indenização ou demonstrar vícios existentes no relatório.

A partir da contestação, a FUNAI tem 60 dias para elaborar pareceres sobre as razões de todos os interessados e encaminhar o procedimento para o Ministro da Justiça. Terminado este procedimento haverá as declarações dos limites da terra Indígena.

A FUNAI, após a declaração dos limites territoriais da área indígena, promove a sua demarcação física e ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), cabe proceder ao reassentamento de eventuais ocupantes não índios.

Por fim, o procedimento de demarcação deve ser submetido ao Presidente da República, para homologação por decreto. A terra demarcada e homologada será registrada, em até 30 dias após a homologação, no Cartório de Imóveis da comarca correspondente e na Secretária de Patrimônio da União.

7. A DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA PANAMBI LAGOA RICA EM MATO GROSSO DO SUL

O território Panambi Lagoa Rica, em Mato Grosso do Sul, consiste em uma área de aproximadamente 360 hectares localizada na margem direita do Córrego Panambi, afluente do Rio Brilhante, sendo povoado pelas etnias guarani-kaiowá. Cujo povoamento ocorreu em

razão do processo histórico de dispersão causado pelas políticas estatais de aldeamento e pela ocupação de fazendas em terras indígenas.

O espaço territorial Panambi Lagoa Rica se estruturou a partir da instalação dos guarani kaiowá nas margens de lagoas e nascentes próximas ao córrego Panambi. Na segunda metade da década de 1970, a porção norte da aldeia foi efetivamente ocupada, com um ambiente menos exuberante, raras nascentes e um solo menos fértil, deixando o povo confinado a uma área de 366 hectares, sem matas, matérias-primas ou animais de médio porte.

Ressalta-se que a área Panambi Lagoa Rica denominada *GuyraKambi'y*, possui 12.196 hectares de extensão e foi identificada como terra indígena pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) em 2011.

O resumo do relatório circunstanciado de identificação e delimitação da terra indígena concluiu que a área ocupada tradicionalmente pelos indígenas guarani kaiowá apresenta condições ambientais necessárias às atividades produtivas desenvolvidas pelas etnias. Destacou o aspecto do bem-estar e das necessidades de reprodução física e cultural deste povo, segundo seus usos, costumes e tradições, em conformidade com o artigo 231, da Constituição Federal vigente.

8. A ANULAÇÃO DA DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA PANAMBI LAGOA RICA EM MATO GROSSO DO SUL

Em outubro de 2016, a demarcação da terra indígena Panambi Lagoa Rica foi anulada por uma sentença judicial em Dourados. A decisão proferida pelo juiz federal Moisés Anderson Costa Rodrigues da Silva, da 1ª Vara Federal de Dourados (MS), declarou nulo o processo de demarcação da área delimitada em 2011.

O fundamento utilizado pelo magistrado para anular a demarcação foi a tese do marco temporal. Essa tese restringe o reconhecimento de terras indígenas apenas àquelas que eram ocupadas pelos índios na data da promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988. A exceção ocorre nos casos em que a comunidade tenha sofrido esbulho de seu território e expulsa.

A sentença não apenas empregou tese do marco temporal, como também recuperou uma interpretação restritiva da ideia de renitente esbulho, aplicada pelo ministro Teorí Zavascki, em um julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF). Esse julgamento anulou a homologação da terra indígena Limão Verde, do povo Terena, também em Mato Grosso do Sul, em março de 2015.

Segundo a interpretação restritiva do renitente dada pelo ministro Teorí Zavascki, o esbulho é a exceção que não permite aplicar o marco de 5 de outubro de 1988. Sendo passível de aplicação apenas se os indígenas estivessem em conflito efetivo ou movendo uma ação na Justiça contra os fazendeiros na exata data de promulgação da CF/88. Infere-se que a decisão de Zavascki não é vinculante e a sua aplicação a outros casos poderá gerar mais conflitos no campo.

Nas palavras do ministro, o renitente esbulho consiste no real conflito possessório iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição de 1988, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada.

Diante da natureza constitucional dos direitos dos índios, verifica-se o questionamento advindo de juristas, organizações indígenas e indigenistas, que encontrou no parecer jurídico de José Afonso da Silva uma resposta sintética perante a inquietação nas comunidades indígenas.

9. UMA ANÁLISE DA DECISÃO QUE ANULOU A DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA PANAMBI LAGOA RICA, MATO GROSSO DO SUL: O MARCO TEMPORAL

A tese do marco temporal se desenvolveu em meio ao caso Raposa Serra do Sol, considerado um *leading case* em matéria de demarcação de terras indígenas, analisado pelo Supremo Tribunal Federal (FERNANDES, 2017, p. 95). Nesse caso, discutia-se a impugnação da portaria nº 534/2005, do Ministro da Justiça, que promovia a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no estado de Roraima.

Neste caso foi estabelecido o conteúdo positivo do ato de demarcação de terras indígenas, fixando critérios de demarcação territorial naquele caso concreto. Foram quatro

critérios eleitos, porém neste trabalho discutiremos apenas dois, que são os mais pertinentes na presente análise. Sendo estes o da tradicionalidade e do marco temporal.

O marco da tradicionalidade é estruturado pelos modos de ocupação da terra indígena. Deve existir um caráter de perdurabilidade de relação com a terra, em sentido anímico e psíquico da comunidade, utilizando-a para exercitar as tradições, costumes e também a subsistência (PEGORARI, 2017, p. 248). A comunidade indígena necessita de dois elementos: um imaterial (espiritual, ancestral, psicológico) e outro material (da relação direta com a terra, como a pesca ou caça.).

O segundo critério denominado marco temporal da ocupação define que terras indígenas são somente aquelas nas quais houve efetiva ocupação indígena, na data da promulgação da Constituição Federal, no dia 05 de outubro de 1988. Critério que restringe o direito à terra indígena a uma interpretação aquém do trazido, gramaticalmente no próprio texto constitucional (CAVALCANTE, 2016, p. 14).

A Constituição de 1988 conceitua terras indígenas como aquelas habitadas em caráter permanente pelos índios, não impondo uma data determinada para que eles a estivessem ocupando. A exigência de ocupação indígena na data da promulgação da Constituição, trazida pelo marco da tradicionalidade, ignora as recorrentes situações em que os indígenas foram expulsos de suas terras pelos não índios, e a elas foram impedidos de regressar (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 150). Ainda que com a terra guardassem as condições necessárias – materiais e imateriais – para a configuração da ocupação tradicional (PEGORARI, 2017, p. 239).

A restrição do direito originário à terra por meio de um marco temporal gera arbitrariedade em relação ao um direito consagrado na atual constituição. Além de carregar o vício da anti-historicidade, ignorando o passado indigenista brasileiro e a questão o esbulho renitente. Considerando que o esbulho renitente são as recorrentes situações em que os indígenas foram expulsos de suas terras pelos não índios, e a elas foram impedidos de retornar.

10. AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais se transformaram ao longo da história, assim se convencionou denomina-los “dimensões” de direitos, no sentido de que foram progredindo em torno um processo cumulativo de complementaridade. O termo “ dimensões” de direitos passou a ser o mais adequado, substituindo o termo “ gerações “, que passava a ideia de uma substituição gradativa de uma geração por outra (SARLET, 2009, p. 45).

Na doutrina contemporânea, encontram-se três dimensões de direitos fundamentais, porém, alguns constitucionalistas, compreendem a existência de uma quarta e uma quinta dimensão de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais de primeira dimensão: direitos civis e políticos - os direitos civis foram afirmados como direitos do indivíduo frente ao poder soberano do Estado absolutista e possuem como marco a declarações de direitos em 1776 com a Declaração de Virgínia.

A característica desses direitos são seu cunho negativo, pois tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo ou para os grupos particulares uma esfera de liberdade em relação ao Estado (BOBBIO, 2003, p. 75). Os direitos políticos, ao contrário dos direitos civis, são considerados direitos positivos, sendo direitos de participação no Estado, na formação do poder político (BEDIN, 2002, p. 56-57).

Os direitos fundamentais de segunda dimensão: direitos econômicos e sociais tiveram origem no século XX, e se caracterizam pela dimensão positiva, de cunho prestacional do Estado para assegurar direitos aos cidadãos, almejando um bem-estar social (SARLET, 2009, p. 47). Essa dimensão pleiteia a efetiva presença do Estado para assegurar os direitos do homem trabalhador, tais como o direito à liberdade de trabalho, o direito ao salário mínimo, o direito a jornada de trabalho, e o direito de descanso semanal.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão: direitos de solidariedade, também chamados de fraternidade, destinam-se a proteção de grupos humanos. Caracterizados pela titularidade de direitos coletiva ou difusa, que implicam esforços universais para sua efetivação.

Os direitos fundamentais de quarta dimensão, correspondem a institucionalização do Estado social, compreendendo o direito a democracia, a informação e ao pluralismo (BONAVIDES, 2000, p. 525). Ressaltando que esta geração representa aqueles, como Paulo

Bonavides a existência de uma quarta geração. Nesse sentido, haveria uma globalização dos direitos fundamentais, configurando a universalização dos mesmos para a consecução de um futuro melhor a humanidade, existindo uma cooperação interna e internacional para esse fim.

10.1 As dimensões dos direitos fundamentais no contexto dos direitos indígenas

Os direitos fundamentais progrediram conforme as revoluções históricas, adquirindo características próprias de acordo com o momento vivenciado pela humanidade (SARMENTO, 2017, p.100). Nesse sentido, também se consolidaram no contexto dos direitos fundamentais indígenas, de acordo as características constadas na seção anterior.

Os direitos de primeira geração, de cunho negativo, em razão do Estado se abster na vida privada do sujeito também se configuraram face aos direitos indígenas fundamentais. O direito à autodeterminação prescrito no caput do artigo 231 do texto constitucional, que reconhece os indígenas em conformidade com seus usos, costumes e tradições indígenas, rompe com o paradigma assimilacionista que tentava integrar os índios na cultura do homem branco e terminarem com a cultura indígena (BARBIERI, 2008, p.50).

De modo que os indígenas identificassem sua cultura como próprias, contudo, o direito à autodeterminação reflete o posicionamento das normas legais em reconhecer a identidade étnica dos indígenas. Assim, passa a não interferir mais na identidade indígena, conferindo a eles um lugar particular para exercerem sua cultura.

Os direitos de segunda geração são representados pelo dever do Estado em promover o direito as terras originárias que forem comprovadamente territórios tradicionais, aqueles que possuem uma relação material e imaterial com determinada etnia. Da mesma forma que o Estado deve promover o direito à saúde, a educação, ao trabalho a moradia (SARLET, 2009, p. 98), estabelece o comprometimento constitucional da União demarcar as terras originárias pertencentes aos indígenas. Elemento que corrobora que caput do artigo 231, possui um cunho prestacional, pois deve promover a demarcação de terras indígenas, por meio da ação de um ente estatal, tal como se dá o conceito de direitos de segunda dimensão.

Quanto aos direitos de terceira dimensão, denominados como direitos de solidariedade também, são configurados como aqueles direitos de caráter protetivo aos grupos humanos (SARLET, 2009, p.100). Diante ao cenário dos direitos indígenas são

caracterizados pela titularidade de direitos coletiva ou difusa dos direitos que pertencem a comunidade indígena. Implicando no reconhecimento do direito constitucional (artigo 232/CF 88) de serem partes legítimas para ingressarem em juízo, para a defesa de seus direitos e interesses inerentes a comunidade indígena.

A doutrina brasileira diverge na existência ou não de direitos de quarta dimensão, para Paulo Bonavides estes direitos já existem. Sendo aqueles referentes a institucionalização do Estado Social, compreendendo o direito a democracia, a informação e ao pluralismo democrático (BONAVIDES, 2000, p. 548). Dessa forma, em uma interpretação consoante ao posicionamento de Bonavides os direitos de quarta dimensão em relação aos indígenas, seria a edificação de um estado além de plural multiétnico. Estado que daria efetividade a direitos indígenas reconhecidos na esfera internacional, a fim de cooperar com a universalização dos direitos indígenas, e ainda estabelecer uma cooperação eficaz com os demais países para o respeito aos direitos tradicionais.

11. A CRISE DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FACE AO CASO DE ANULAÇÃO DA TERRA INDÍGENA PANAMBI LAGOA RICA, DOS GUARANI KAIOWÁ EM MATO GROSSO DO SUL

As dimensões dos direitos, fundamentais progrediram de forma geral, e no contexto dos direitos indígenas se consolidaram com a Constituição Federal de 1988 que dedicou exclusivamente o Capítulo VIII ao reconhecimento de direitos inerentes as comunidades tradicionais. Refletindo o paradigma da constitucionalização dos direitos indígenas, e rompendo com a orientação assimilacionista que outrora orientou diplomas legais na ordem jurídica brasileira.

Apesar da atual constituição reconhecer diversos direitos indígenas, estes ainda carecem de efetividade diante a casos concretos, como é o caso Panambi Lagoa Rica, dos guarani kaiowá em Mato Grosso do Sul, que tiveram seu território tradicional anulado pela decisão de 1ª instancia da comarca de Dourados. A não efetividade destes direitos proporciona uma crise diante as dimensões dos direitos fundamentais, crise discutida neste momento.

A decisão que anulou o procedimento demarcatório da terra Panambi Lagoa Rica, fundamentou-se na tese do marco temporal, que exige que os indígenas estivessem ocupando o território na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, no dia 5 de outubro. Entretanto foi demonstrado que tal exigência é contrária ao texto constitucional, uma vez que este não impõe tal determinação. E ainda desrespeita o direito de primeira dimensão dos indígenas de terem sua autodeterminação territorial efetivada.

Cabe ressaltar também que a tese do marco temporal exige a tradicionalidade, critério que impõe que os indígenas guardem uma relação com o território, caracterizado pelos modos de ocupação da terra indígena. Deve existir um caráter de perdurabilidade de relação com a terra, em sentido anímico e psíquico da comunidade, utilizando-a para exercitar as tradições, costumes e também a subsistência (PEGORARI, 2017, p. 248). No caso Panambi Lagoa Rica o caráter da perdurabilidade foi rompido historicamente pela expulsão dos indígenas guarani kaiowá desde a instalação da Companhia Erva Mate Laranjeira, e posteriormente pelos projetos de aldeamento e colonização de suas áreas.

Ruptura que configura os esbulhos territoriais sofridos pelos indígenas, as recorrentes situações que os indígenas foram impedidos de retornar a sua terra tradicional (VILLARES, 2005, p.147). Quanto ao elemento imaterial, desrespeita o direito de os indígenas exercerem seus costumes ancestrais em um local próprio. Dados que confirmam o não cumprimento dos direitos de primeira dimensão no cenário indígena, pois o estado por meio de uma decisão judicial intervém nos usos costumes e tradições indígenas, enquanto deveria se abster.

Os direitos de segunda dimensão, caracterizados pela prestação positiva do estado em conceber direitos aos seus tutelados. Os quais no contexto dos direitos indígenas, é a prestação estatal de promover a demarcação das terras por meio da União. Com a decisão judicial que anulou o referido território, este direito de segunda dimensão não é efetivado, e ainda desconsidera todo o procedimento jurídico cumprido em relação ao decreto 1775/96, e demais legislações pertinentes que regulamentam a demarcação de terras indígenas.

Direitos de terceira dimensão, denominados como direito de solidariedade, são aqueles visam a universalização de direitos que protejam grupos humanos. No contexto da anulação da terra Panambi Lagoa Rica em Mato Grosso do Sul desrespeita a universalização dos direitos indígenas. Visto que a ausência de um território legalizado, onde os indígenas

possam exercer, seus usos, costumes e tradições os expõem a uma vulnerabilidade social, referente aos conflitos que terceiros tentam retirar a posse destes territórios das comunidades indígenas.

E por fim os direitos de quarta dimensão, conceituados como aqueles que almejam a institucionalização do Estado social, compreendendo o direito a democracia, a informação e ao pluralismo e também entram em crise por meio da anulação do território discutido. Com a anulação demarcatória do território Panambi Lagoa Rica em Mato Grosso do Sul, retrata-se a dificuldade de promover o bem de todos sem preconceito, um dos objetivos da República Federativa do Brasil. E conseqüentemente a edificação de um Estado Social não é atingido, tal como um estado pluralista e multiétnico.

CONCLUSÃO

A dimensão dos direitos fundamentais é retrata na perspectiva dos direitos indígenas, estabelecidos na Constituição Federal de 1988, de modo mais específico no Capítulo VIII. E para demonstra como a dimensão dos direitos fundamentais vivencia uma crise se analisou a anulação da terra indígena Panambi Lagoa Rica dos guarani kaiowá, em Mato Grosso do Sul. Caso que propiciou visualizar quais direitos fundamentais suas respectivas dimensões carecem de efetividade, enfrentando uma crise.

Os indígenas necessitam de um território tradicional, para exercerem seus usos costumes e tradições, uma vez que este direito se torna pressuposto para efetividade de demais direitos na esfera indígena. Direitos como a autodeterminação, a identidade étnica, a dignidade da pessoa humana, que são os principais em relação a temática indígenas. A decisão que anulou o caso, se justificou na tese do marco temporal, a qual não é consoante ao texto constitucional em matéria de terras indígenas.

E ainda estabelece critérios, incompatíveis com dados históricos em relação aos guarani kaiowá, tais como a expulsão dos indígenas pela instalação da Companhia Erva Mate Laranjeira, o projeto de aldeamento iniciado pelo Barão de Antonina bem como a formação da Colônia Agrícola de Dourados que expulsou os indígenas de seus território originários.

A dimensão dos direitos fundamentais no cenário indígena enfrenta uma grave crise, devido a violação de direitos fundamentais reconhecidos na atual constituição, e que são

essenciais para a sobrevivência física e cultura de um povo, que é matriz fundante do povo brasileiro. Ressalvando que a tese do marco temporal não é vinculante, e ignora situações de violência contra os indígenas em conflitos possessórios.

Analisar a dimensão dos direitos fundamentais, no que tange a efetividade dos direitos indígenas, se faz pertinente para garantir uma proteção efetiva a essa minoria que fora exposta aos mais diversos tipos de violência. Inclusive a violência de diplomas legais, que estabeleciam como lei a aculturação da identidade indígena, a negação a sua cultura. A Constituição Federal de 1988 rompeu com o paradigma assimilacionista em relação a orientação das normas jurídicas, destinadas aos indígenas, inaugurou a constitucionalização dos direitos tradicionais. Dessa maneira, para essa referida constitucionalização ser eficaz é preciso que decisões arbitrárias aos direitos indígenas sejam avaliadas, a luz do texto constitucional e não de teses que ignoram a real situação histórica dos indígenas na ordem jurídica brasileira.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alisson da Cunha. **Demarcação de terras indígenas**. Trabalho apresentado no II Seminário sobre atuação da AGU nas questões indígenas. Escola da Advocacia-Geral da União, Brasília 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARBIERI, S. R. J. **Os Direitos Constitucionais dos Índios e o direito a diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros: 2000.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%a7ao.htm>. Acesso em: 21 nov. 2018.
- _____. **FUNAI**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/indios/conteudo.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- _____. **Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996**. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- _____. **Demarcação de terras**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/560862-um-ano-apos-ataques-juiz-anula-demarcacao-de-terra-dos-guarani-kaiowa-ms>>. Acesso: 04 nov. 2018.

_____. **MPF.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva- parecer-maio-2016-1.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os Direitos do Índio: Ensaio e Documentos.** São Paulo: Brasiliense, 1998.

_____. (Org.). **História dos índios brasileiros.** São Paulo: Ed Brasiliense, 1987.

CHAMORRO, Graciela. **Povos indígenas guarani falantes no atual Estado de Mato Grosso do Sul (Séculos XVI-XXI),** pp. 209-210. Disponível: <http://200.144.182.130/cema/images/Graciela_Chamorro__Povos_indigenas_guarani_falantes_no_atual_Estado_de_Mato_Grosso_do_Sul.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

FREITAS JÚNIOR, L.. **Hermenêutica Constitucional da Posse Indígena.** Revista da AGU, v. 15, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá, 1998.

GUARANY, Vilmar Martins Moura. **Povos Indígenas e a garantia do direito à terra no Brasil: período colonial à Constituição Federal de 1988.** Coletânea de Direitos Humanos dos Povos Indígenas. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

PEGORARI, Bruno. A tese do marco temporal da ocupação como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a **perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Aracê - Direitos Humanos em Revista, v. 4, p. 246-262, 2017.

POZZOLI, L.; CRUZ, A.A.F.. **Princípio constitucional da dignidade humana e o direito fraterno.** e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho, v. 5, p. 85-94, 2015

RIBEIRO, Darcy. **Falando dos índios.** Brasília: Editora UNB, 2010.

_____. **Os índios e a civilização.** 2. ed. Petrópolis: Vozes Ltda., 1997.

_____. **A política indigenista brasileira.** 1. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, 1962.

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

MOREIRA, Lásaro Silva. **O reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a extensão do conceito de terras indígenas tradicionalmente ocupadas.** Revista Jurídica Unigran, v. 6, n. 11, p. 139-152, 2004.

PEREIRA, Levi Marques. **O movimento étnico-social pela demarcação das terras guarani em MS.** Tellus, n. 4, p. 137-145, 2014.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SANTILLI, Márcio. **Os Brasileiros e os Índios.** São Paulo: SENAC, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

TREVISAM, Elisaide; SANTOS, Mirian Andrade; VILAR, Julia Patricia Ulisses. **O princípio da dignidade humana e a demarcação de terra indígena.** Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, n. 11. 2014.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009.

YAMADA, Érika Magami; VILLARES, Luiz Fernando. **Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio.** Revista de Direito.